



**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2010/2

La laicit  en France et en Turquie

Regards crois s

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 71
Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 50

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Ercüment ERDEM

Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Doç. Dr. Emre ÖKTEM (Başkan)

Araş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY

Araş. Gör. Dr. Burak ÇELİK

Araş. Gör. Bleda R. KURTDARCAN

2011 Yılında Yayınlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş.

Baskı - Cilt : Kahraman Neşriyat Ofset San. Tic. Ltd. Şti.

(Sertifiki No: 12084 Yüzyıl Mah. Matbaacılar Cad. Atahan

No: 34 K: 4 Bağcılar/İstanbul

(0-212) 629 00 01

Kapak Tasarımı: Gülgonca ÇARPIK

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

LA LAÏCITÉ EN FRANCE ET EN TURQUIE : REGARDS CROISÉS

Journée d'étude du 5 mars 2010
Université Montpellier 1 et Université Galatasaray
Accueil par **M. Philippe AUGE**, Président de l'Université Montpellier
I, Professeur de droit public

PARTIE I – Aspects historiques : la laïcité à marche forcée

**Présidence par Mme Marie-Luce PAVIA, Professeur de droit public à l'Université
Montpellier I**

- L'histoire de la laïcité turque par Ahmet KUYAŞ, Maître de conférences à l'Université Galatasaray, – pas de contribution écrite
- A la mode de chez nous : une très brève histoire de la laïcité française par Eric de MARI, Professeur à l'Université Montpellier 1, Vice-Président de l'Université..... 5

PARTIE II – Aspects constitutionnels : la régulation de la laïcité

**Présidence par Dominique ROUSSEAU, Professeur à l'Université Montpellier 1,
Directeur du CERCOP**

- La laïcité devant la Cour constitutionnelle de Turquie par Ibrahim KABOĞLU, Professeur à l'Université Marmara..... 21
- Le Conseil constitutionnel français et la laïcité par Eric SALES, Maître de conférences, Universités Montpellier 1 (CERCOP) et Galatasaray 43

PARTIE III – Aspects européens : la laïcité consacrée

**Présidence par F. SUDRE, Professeur à l'Université Montpellier 1,
Directeur de l'IDEDH**

- La laïcité turque devant la CEDH par Emre ÖKTEM, Maître de conférences à l'Université Galatasaray 65
- La laïcité française devant la CEDH par Gérard GONZALEZ, Professeur à l'Université Galatasaray, (IDEDH) 141

**Quelques réflexions sur le sens et la portée de la laïcité
Par Robert BADINTER.....157**

PARTIE I

Aspects historiques : la laïcité à marche forcée

L'HISTOIRE DE LA LAÏCITÉ TURQUE

Par Ahmet KUYAŞ,

Maître de conférences à l'Université de Galatasaray

Pas de contribution écrite

« À LA MODE DE CHEZ NOUS » : UNE TRÈS BRÈVE HISTOIRE DE LA LAÏCITÉ

Par Eric de MARI

Professeur d'Histoire du Droit à l'Université Montpellier 1

La laïcité française cherche encore son histoire¹. Plus particulièrement, cette histoire cherche non seulement son point de départ, la qualification de ses parties² mais encore sa charnière³.

1 Contra : *Histoire de la laïcité à la française*, Académie des sciences morales et politiques, Le livre du centenaire officiel, 2005, Paris, 192 p. ; J. Baubérot, *Histoire de la laïcité en France*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2008, Paris, 127 p. ; G. Bédouelle et J.-P. Costa, *Les laïcités à la française*, PUF, Paris, 1998, sp. la première partie intitulée « Une histoire de la laïcité en France ».

2 Marcel Gauchet propose dans son « Parcours de la laïcité » la notion de « phase ». La première phase « absolutiste » commence au XVI^e siècle avec l'Edit de Nantes (1598), la seconde, « libérale et républicaine », s'amorce avec le Concordat de 1801 et va jusqu'en 1905. Cf. M. Gauchet, *La religion dans la démocratie. Parcours de la laïcité*, Gallimard, 1998, Paris, pp. 41-42. J. Baubérot propose quant à lui la notion de « seuils » : la Révolution et l'Empire forment le « premier seuil de laïcisation ». Par la suite il indique : « la laïcité scolaire constitue, dans un domaine clef, l'aboutissement du premier seuil ». Cf. son *Histoire, op. cit.*, p. 5, p. 25, p. 57. Le second seuil paraît être fixé à partir de 1905 : *ibid.*, p. 89. Par ailleurs, à propos des périodes précédant la Révolution, le même auteur évoque « la protohistoire de la laïcité ». Cf. par exemple J. Baubérot, *Laïcité dans le monde*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 2009, Paris, 127 p., notamment le titre du chapitre I, p. 7. Emile Poulat enfin propose la notion d' « étape ». La première, celle de la « laïcité sacrale » s'achève avant l'avènement des Lumières ; la deuxième, la « laïcité éclairée » commence soit avec les Lumières, soit avec la constitution civile du clergé et s'achève juste avant la loi de 1905 ; la troisième, « la laïcité radicalisée », s'achève avant 1946 ; la quatrième, « la laïcité reconnue », va de 1946 à nos jours. Cf. E. Poulat : *Liberté. Laïcité. La guerre des deux France et le principe de modernité*, Cerf, Cujas, Paris, 1987, pp. 199-200.

3 La question de la rupture révolutionnaire est encore ici prégnante. C'est revenir à la question de l'emboîtement des époques » chère à François Furet.

Ainsi que l'Etat⁴, la laïcité est un concept⁵ qui comprend trois éléments constitutifs : la séparation des Eglises et de l'Etat, la liberté de conscience, le caractère public, non confessionnel, non exclusif, de l'enseignement. Or, il est frappant de constater que ni dans la loi de séparation de 1905, ni dans les lois sur l'enseignement primaire des années 1980, on ne retrouve l'adjectif laïc, pas plus d'ailleurs que le mot laïcité⁶. On sait qu'il faut attendre 1946 pour que, par la petite porte d'un amendement, la constitution consacre la République comme laïque avant qu'en 1958 puis grâce à la révision constitutionnelle de 1995 cette caractéristique de notre régime atteigne le faite de l'édifice constitutionnel⁷. Les hautes juridictions sont encore plus prudentes puisque seul le dernier quart du vingtième siècle verra naître dans la prose des hauts magistrats (arrêts et avis du Conseil d'Etat, décisions du Conseil constitutionnel), les mots laïcs voire même un principe, celui de laïcité.

Faire l'histoire de la laïcité en France c'est tenir compte de cette réserve, de cette prudence de notre droit même si l'on concèdera bien volontiers ici que l'histoire d'un concept ne s'embarrasse pas toujours d'une sorte de nominalisme d'un nouveau genre⁸ et de considérations juridiques : ce qui fait tout de même beaucoup en terme d'épistémologie.

4 L'on considère ici sa définition classique.

5 Il convient ici de mesurer les avertissements formulés par Paul Veyne : « Le seul vrai problème est celui des concepts en histoire... Les historiens sont sans cesse gênés ou abusés par les concepts ou les types dont ils se servent... tout professionnel connaît un jour ou l'autre cette impression qu'un mot ne colle pas, qu'il sonne faux, qu'il est confus... ce malaise est un signal d'alarme qui annonce que l'anachronisme et l'à-peu-près menacent... » in *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, 1978, pp. 88-89.

6 Cette absence est fréquemment remarquée par les auteurs. L'un d'entre eux, Bruno Etienne, fait un double constat : celui de l'absence du mot dans la loi de 1905 et celui de l'inexistence de la définition juridique de la laïcité. Cette absence et cette inexistence sont corrélées. Cf. B. Etienne, « Hommage à Michel Miaille. De l'illusion du droit et des valeurs intangibles. La loi de 1905 comme mythe fondateur de l'imaginaire français », in *Le droit figure du politique, Mélanges Michel Miaille*, Université Montpellier I éd., t. I, pp. 889-890 et 898.

7 Article 1, Titre I de la Constitution de 1946 : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ». Depuis 1995 l'article premier, plus large que le précédent, est devant le Titre I consacré comme en 1946 à la souveraineté.

8 « La remarque classique est en effet la suivante : peu importe que le mot se trouve ou pas dans les sources, si l'on y décèle le concept. A voir. Car les mots ne déplacent pas seulement des concepts, mais aussi, avec eux tout un monde de représentations », S. Soleil et Ch. Camley, « Histoire du droit et linguistique. Réflexions à partir de deux exemples : wergeld et monarchie administrative » in *Histoire de l'histoire du droit*, Textes réunis par J. Poumarède, *Études d'histoire du droit et des idées politiques* n° 10, 2006, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse, pp. 457, 469-470.

Le mot laïcité existe depuis 1871⁹. Il a ses pères fondateurs (Ferry, Combes...) ; son premier doctrinaire, Ferdinand Buisson ; son contexte politique : celui d'une République qui a su transformer croyants, peu croyants (forts rares à l'origine) en démocrates. Ce faisant, le terme est lié à ce que l'on a pu nommer des « passions françaises »¹⁰ : par exemple, celle de l'égalité, comme celle du suffrage universel fortifié par le for interne de l'isoloir¹¹. Il tient aussi à la modernité et notamment aux progrès de l'individualisme, ce grand opérateur de privatisation religieuse. Il a désormais, semble-t-il, ses valeurs et l'on use même parfois de l'expression « planète laïque ».

Pour autant la laïcité est très difficilement définissable. «Ce mot difficile,»¹² toujours lui, est à la fois relativement indéterminé¹³ (ou il a trop de déterminants, ce qui aboutit au même) et identitaire¹⁴. Il est aussi ambigu¹⁵ et singulier¹⁶, négatif¹⁷ et dynamique ainsi que pour couronner le tout

9 « ... d'abord au sens de « caractère laïque » (1871) dans le supplément du Littré : Dictionnaire historique de la langue française, t. I, Ed. Robert, Paris, 1995, p. 1096.

10 Selon l'expression de Théodore Zeldin.

11 Selon F. Furet, *La Révolution*, Hachette, Paris, p. 506. Après cinq navettes parlementaires entre 1889 et 1913 l'isoloir et l'enveloppe furent adoptés (loi du 29 juillet 1913). L'isoloir fut – entre autres – surnommé « le confessionnal laïque et obligatoire ». Cf. sur ce point A. Garigou, *Les secrets de l'isoloir*, Thierry Magnier éd., Paris, 2008, 165 p.

12 Selon François Furet, *La Révolution*, *op. cit.*, p. 506.

13 Cf. P. Rolland, « Synthèse et conclusion », in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, G. Gonzalez dir., Bruylant, 2006, pp. 249-266. Il évoque, p. 251, « la relative indétermination de la notion de laïcité en France. »

14 Cf. l'actualité sur un débat récent et contesté. Et surtout M. Gauchet, *Religion et démocratie...*, *op. cit.*, pp. 152-175

15 Ce point de vue est partagé par quelques auteurs. La laïcité est aussi considérée comme un « concept à géométrie variable s'il en est », par P. Nélidoff, « La laïcité après la laïcité », *Bulletin de littérature ecclésiastique*, t. CVI/3, juillet-septembre 2005, pp. 239-260 et sp. p. 240. Ou comme « une abstraction nomade baladeuse » par B. Etienne, *op. cit.*, p. 890. G. Gonzalez considère l'idée de laïcité comme « insaisissable » et « toujours un peu énigmatique au moment où l'on prétend en donner une définition simple », in « Éclairage jurisprudentiel sur les rapports entre les concepts de laïcité et de séparation entre l'Etat et les Églises », *Mélanges Miaille*, *op. cit.*, pp. 923-937 et sp. pp. 924-925.

16 Comme en témoigne l'expression « laïcité à la française ». Le concept est volontiers relié à la pathétique notion d'exception française. Cette corrélation est dénoncée fort à propos par J. Baubérot, « L'intégrisme républicain contre la laïcité », Ed. de l'Aube, Paris, 2006, pp. 175-179.

17 Le mot porte le poids de son étymologie grecque péjorative qui oppose *laos* à *demos*.

intraduisible¹⁸ et conflictuel : « Le mot sent la poudre » disait Jean Rivero¹⁹.

On rangerait bien volontiers le mot laïcité dans un « Dictionnaire des idées reçues » à la Flaubert au côté d'autres curiosités françaises : la décentralisation, le service public, l'autonomie des universités, l'exception culturelle etc. Ou encore de ces notions bien connues comme disait Hegel à propos de ces concepts qui semblent tellement d'évidence qu'ils échappent en fait à celui qui les utilise.

Le verbe « utiliser » nous permet de percer le mystère de notre « étonnante laïcité »²⁰. L'on sait, même s'il convient de le regretter, que l'histoire peut être tout aussi bien « une science des différences » que « la constructrice d'homologations improbables »²¹. Or, chez les Républicains, notamment au cours des trente premières années de la Troisième République, la quête de légitimité, la mise en scène de l'argumentaire de la modernité contribuent à l'utilisation de l'histoire aux fins d'homologation de la laïcité. Dans

18 L'assimilation au terme anglais *secularism* est délicate. Cette difficulté est réfutée par M. Gauchet. Cette réfutation est indispensable à la démonstration de l'auteur à propos des rapports entre « religion et démocratie ». Cela pose des difficultés mais ouvre des perspectives. En effet l'assimilation entre laïcité et sécularisation rend concevable l'éventualité d'un Etat sécularisé « en terre d'Islam », ce qui est traditionnellement envisagé comme un oxymore. Cf. à ce propos O. Carré, *L'islam laïque ou le retour à la grande tradition*, A. Colin, Paris, 167 p. Ce faisant cette assimilation remet aussi en cause les positions qui tendent à faire de la religion chrétienne une sorte de terreau de la laïcité. Sur ces positions, fondées sur l'itératif argumentaire du *reddite* et oubliées du *compellere*, cf. P. Nemo, *Qu'est-ce que l'Occident ?*, PUF, Coll. Quadrige, Paris, 2005, p. 78 : « Or, nous pensons... que le concept même de laïcité vient de la Bible ; et que c'est la raison pour laquelle la démocratie n'est apparue et ne peut même s'épanouir qu'en Occident ». P. Nemo se fonde sur le point de vue de G. Maddox, *Religion and the Rise of Democracy*, Londres-New-York, Routledge, pp. 34-45. Cf. aussi les remarques de P. Debergé, « Les fondements bibliques de la laïcité », in *Bulletin de littérature ecclésiastique*, op. cit., pp. 219-238. De son côté G. Haarscher rappelle le *compellere intrare* (Luc, XIV, 23) : « Et le Seigneur dit à l'esclave : « Sors sur les chemins et le long des clôtures et force les gens à entrer, pour que ma maison soit remplie » ». Ce passage est très souvent commenté. Cf. Saint-Augustin (Sermons CXII, 8) : « La contrainte extérieure fera naître à l'intérieur la bonne volonté », cité par G. Haarscher, *La laïcité*, PUF, Paris, 4^e éd., 2008, 127 p.

19 Cf. son célèbre article de 1949 sur la notion de laïcité, *Recueil Dalloz*, pp. 137 et s.

20 Selon l'expression de Mgr Claude Dagens.

21 G. Levi, « Le passé lointain. Sur l'usage politique de l'histoire », in *Les usages politiques du passé*, dir. F. Hartog et J. Revel, Ed. de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Paris, 2001, pp. 25-37 et sp. p. 33.

cette perspective à laquelle les prépare leur culture positiviste²² et malgré de célèbres coquilles²³ la majorité d'entre eux se servira de l'histoire des trois éléments constitutifs de la laïcité pour composer²⁴ à partir de bases parcellaires un socle²⁵ de pensée et de références. L'histoire de la séparation, l'histoire de la liberté de conscience, l'histoire de l'enseignement public sont alors les fondements de l'histoire de la laïcité.

La composition est certes paradoxale puisque par exemple la séparation a pour origine son contraire : l'histoire des rapports entre l'Etat et l'église catholique. Néanmoins elle est habile puisque toujours à propos de la séparation, une logique historique se détermine. Celle-ci passe par un long parcours : le cantonnement de l'Eglise dès le Moyen-Age, sa lente subordination par la suite au prix d'une sorte de nationalisation jusqu'à la Troisième République qui rend possible le dénouement. Tout divorce²⁶ n'a-t-il pas pour origine un mariage qu'il soit celui « de bon devis entre l'Eglise et les fleurs de lys »²⁷ ou

22 Sur ce point cf. F Furet, *La Révolution, op. cit.*, p. 466. Furet évoque « une sorte de positivisme vulgarisé ». Cette analyse est conduite aussi par G. Weill, *Histoire de l'idée laïque en France au 19^e siècle*, cf. la première édition de 1929 et la réédition de 2004, Hachette Paris, avec une préface de J.-M. Ducomte, pp. 7-22, sp. p. 18. Ducomte rappelle : « Il est un moment d'exacerbation ultime de la crispation catholique, en même temps, une période déterminante de la formation d'une conscience républicaine démocratique et laïque où viendra puiser la classe politique de la III^e République. L'apport du courant positiviste sera déterminant dans cette évolution ». Cf. aussi J.-P. Costa, « La conception française de la laïcité », in *Etat et religion*, PUF, 2005, pp. 171-189 : « Des hommes comme Ferdinand Buisson, Jean Macé, Jules Ferry, Jules Grévy, Gambetta, Waldeck Rousseau vont fonder le concept de laïcité... Ces hommes d'action rejoignent ainsi sur le plan des idées le courant positiviste et rationaliste : Auguste Comte, Littré, Renan, Taine entre autres illustrent ce courant nécessairement laïque », pp. 174-175.

23 Cf. celles répétées de Briand à propos du Concile des trente.

24 Pour Georges Weill, « l'idée laïque est plus le résultat d'une convergence d'interrogations, formulées dans des milieux intellectuels souvent éloignés, que le produit d'une réflexion articulée, dès l'origine, sur des principes d'une parfaite clarté », M. Ducomte in G. Weill, *Histoire de l'idée laïque en France au 19^e siècle, op. cit.*, préface, p. 14

25 Autre figure minérale : celle du « ciment », F Furet, *La Révolution, op. cit.*, p. 506.

26 Cf. cet échange à la Chambre des députés du 22 avril 1905 : « M. Henry Boucher. Ce sont des divorcés qui se remarieront. (Très bien ! très bien ! au centre et à droite) ». « M. Lemire. Il faudrait que ce soient des divorcés qui aient bien fait leurs comptes avant de se séparer, et dont le divorce ne soit pas une cause de disputes pour leurs enfants. Voilà ce que je voudrais », cité par A. Damien, *Etat et religion*, Académie des sciences morales et politiques, pp. 3-7.

27 Cf l'incipit de l'article de P. Nélidoff, « La laïcité avant la laïcité : recherche sur les origines historiques et juridiques d'un principe à géométrie variable », in *Regards croisés en 1905 sur la loi de séparation des Eglises et de l'Etat*, Presses du Centre Universitaire Champollion, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2005, pp. 189-214. Philippe Nélidoff cite p. 189 le « Commentaire sur le Traité des libertés gallicanes » de Pithou dans l'édition de 1652.

un autre ? N'est-il pas la conséquence de l'usure des arrangements, des accommodements ?

Cette « note de conjoncture historiographique »²⁸ plutôt que ce montage nous renvoie alors très loin : à une histoire de longue durée dans une France catholique incompatible²⁹ avec la laïcité. Toujours aussi paradoxalement la France, « fille aînée de l'Eglise », celle des rois sacrés, très chrétiens, évêques du dehors, permet à la France sans roi ou presque sans roi de la Révolution de découvrir les trois éléments constitutifs de la laïcité : la liberté d'opinions « même religieuses » (en 1789), les lois sur l'enseignement (1793 – An III), la séparation (en l'an III). Temps des impossibles laïcités que même Tocqueville aurait pu renier. Mais temps aussi d'éléments épars que seuls des Républicains férus au bout du compte de compromis surent assembler, presque par gravitation ou attraction.

L'histoire de la laïcité en France connaît donc deux époques : celle de ses éléments constitutifs épars depuis le Moyen-Age jusqu'à la IIIe République (I), celle de son socle républicain : de la IIIe République à nos jours (II).

I - DES ÉLÉMENTS ÉPARS : DU MOYEN-ÂGE JUSQU'À LA IIIe RÉPUBLIQUE

Il n'y a pas de « laïcité avant la laïcité »³⁰ : ce serait donc forcer leur nature intrinsèque que de considérer comme laïcs les éléments que rassembleront les Républicains du XIXe siècle. Toutefois ils seront qualifiés, utilisés, rassemblés comme tels et d'abord recensés. Deux pour l'essentiel, sont ici distingués : la mise de l'Etat en dehors de l'Eglise, suivie de la mise de l'Eglise au dedans de l'Etat tout d'abord (A) puis les naissances révolutionnaires ainsi que leurs conséquences au XIXe siècle (B).

A. LA MISE DE L'ÉTAT EN DEHORS DE L'ÉGLISE. LA MISE DE L'ÉGLISE AU DEDANS DE L'ÉTAT.

Comme l'a si remarquablement analysé Pierre Legendre³¹, le phénomène relève, somme toute, ainsi que le considère Portalis au Conseil d'Etat en

28 Selon F. Hartog et J. Revel, *Les usages politiques du passé*, op. cit., p. 13.

29 C'est le point de vue classique de R. Rémond. Cf. par exemple *Les grandes inventions du christianisme*, Bayard, 1999, Paris, p. 97.

30 Cf. le titre de l'article de P. Nélidoff, « La laïcité avant la laïcité... », op. cit.

31 P. Legendre, *Trésor historique de l'État en France*, Fayard, 1992, Paris, p. 262.

1801, de la « haute police de l'Etat ». La dynamique, bien connue, agit par « évidemment interne du religieux »³² et par un processus, certes discontinu, de marginalisation. Dans un jeu politique qui se fait à trois (le pape et son clergé, le roi, la magistrature) deux pratiques se conjuguent : le gallicanisme (1), le droit positif (2).

1. LE GALLICANISME.

Quelques très brèves remarques à propos d'une très célèbre et très longue histoire entamée à la fin du 13^e siècle avec Philippe le Bel et ses épigones : les fameux « légistes » dont la qualification est due - ce n'est aucunement un hasard - aux historiens de la fin du XIX^e siècle³³. Cette histoire s'assagit avec le Concordat de 1516 qui tente de mettre fin à « un long contentieux »³⁴, se ranime avec la déclaration des quatre articles de l'Eglise gallicane de 1682, se prolonge et s'étend avec la constitution civile du clergé de 1791³⁵ avant de trouver sa conclusion, tout au plus normative, dans le concordat de 1801 comme dans le renouveau de la déclaration de 1682 par les articles organiques de 1802. Autant de jalons et de repères, commodes pour une lecture de l'histoire à la fois positive et cyclique. La méthode, des conflits suivis d'inéluctables arrangements, sera tout aussi réfléchie que la pente croissante de l'emprise de l'Etat et ses conséquences : la mise en tutelle de l'Eglise, son contrôle notamment financier, du contrat de Poissy à la création du budget des cultes. L'Eglise catholique perd alors peu à peu le contrôle de « la direction des esprits ». Seule compensation³⁶ : l'enseignement primaire depuis la Contre-Réforme.

2. LE DROIT.

Après l'âge des grandes découvertes, Bologne, le XIII^e siècle, le droit romain, mais aussi de l'un et l'autre droit, donc aussi du droit canonique, ce qui n'est pas si contradictoire, se dégage un droit non clérical, un droit de raison, que non sans regretter sa propre audace Michel Villey a pu relier à

32 M. Gauchet, *op. cit.*, p. 20.

33 Michelet en est le plus bel exemple.

34 P. Legendre, *op. cit.*, p. 263.

35 Nombre d'auteurs soulignent le caractère gallican de la constitution civile et la considèrent comme un aboutissement. Elle provoque par contrecoup un regain de l'ultramontanisme.

36 Cf. aussi l'action de l'Eglise sur l'assistance.

un phénomène : celui de la « laïcité du droit »³⁷, étrange fruit, selon Villey, de l'œuvre de Saint Thomas. Dans un contexte où le droit accède à une sorte d'autonomie relative qui ne se manifeste jamais avec autant d'aisance qu'à propos ou contre l'Eglise catholique une doctrine naît : celle du droit de la raison et par là celle de la raison d'Etat³⁸. Par Thomas, peut-être, et Jean de Paris, sous les impulsions de Marsile de Padoue et d'Occam naît un esprit propice aux concepts laïcs³⁹. Esprit volontiers chicanier où l'entrelacs des règles et la fluctuation des positions intellectuelles comme des opportunités politiques génèrent un « pullulement de procès ecclésiastiques »⁴⁰ qui finissent par justifier des arrangements aussi solennels que pointilleux. Le Concordat de Bologne, la procédure en parlement d'appel comme d'abus, le gallicanisme juridique du Conseil d'Etat après 1801 conjuguent questions de police administrative et souveraineté. Ils épuisent un sujet, celui des rapports entre Eglise et Etat, ils accentuent un symptôme et préparent un verdict : l'Eglise catholique, ce « partenaire encombrant »⁴¹ ne sera plus compatible avec l'Absolutisme miné par le Contractualisme, avec les progrès de la tolérance transformée, très tôt, en liberté de conscience.

37 M. Villey précise à propos d'un colloque auquel il a participé : « J'avais soutenu personnellement à ce colloque de Strasbourg, contre certains chrétiens-sociaux qui se figurent pouvoir alléguer Saint-Thomas à l'appui de leurs dires, une thèse trop unilatérale (De la laïcité du droit selon Saint Thomas. Reproduit dans nos leçons. Ed. 1962. pp. 203 et s.) », *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1975, 4^e éd.

38 Cf. sur ce point M. Gauchet : « L'État au miroir de la raison d'État : la France et la chrétienté », *Raison et déraison d'État*, dir. Y.-C. Zarka, P.U.F., 1994, Paris, pp. 193-244. Ici, la raison d'Etat est celle de l'Etat pacificateur (p. 205) tandis qu'on affirme en 1588 : « la République n'est pas dans l'Eglise, mais au contraire l'Eglise est dans la République » (Pierre de Belloy). Gauchet remarque : « Et ce qui va l'emporter avec Henri IV, ce n'est pas platement le point de vue laïque de l'Etat, c'est un Etat devenu une fin religieuse en lui-même. »

39 Cf. G. de Lagarde, *La naissance de l'esprit laïque*, Louvain, 1956.

40 Selon l'expression de P. Legendre à propos du Concordat de Bologne et notamment son titre 11 sur « Les appels frivoles », *Trésor*, *op. cit.*, p. 263.

41 Selon l'expression de G. Bédouelle et J.-P. Costa, *Les laïcités...*, *op. cit.*, p. 33.

B. NAISSANCES ET CONSÉQUENCES LAÏQUES ? (LA RÉVOLUTION ET LE XIXE SIÈCLE)

La Révolution ne fait pas accéder la laïcité à l'Etat⁴². Reste qu'en moins de cinq ans, les trois éléments constitutifs de notre laïcité sont adoptés. L'article 10 de la Déclaration de 1789 pose le principe de la liberté de conscience ; les lois sur l'enseignement primaire apparaissent dès Frimaire an II ; la séparation des Eglises et de l'Etat est proclamée à partir de l'an III. De tels bouleversements ne peuvent être ici analysés. Deux points communs ressortent néanmoins de ces innovations. L'échec tout d'abord. L'antichristianisme débordant est vainement surmonté par des élucubrations : l'Être suprême, le culte de la Raison. La répression des réfractaires, une réalité ou une perspective constante jusqu'à l'an VIII⁴³ comme la Terreur dans son ensemble contredisent l'éphémère liberté de conscience. La séparation est fautive⁴⁴. L'absence de service public d'éducation rend illusoire les lois sur l'enseignement. Tout cela est bien connu. Pour autant ces créations sont-elles mort-nées ? Sans doute. Mais c'est leur second point commun que l'on retiendra : leur empreinte profonde dans les mentalités. Le souvenir historique se façonne et l'analyse des impasses révolutionnaires comme de ses flamboyances sera très fortement méditée.

42 Contra : A. Aulard, *Le christianisme et la révolution Française*, Rieder et compagnie Ed., Paris, 1925, p. 150. Aulard indique : « Cette laïcité de l'Etat que le Directoire avait si fortement instituée » ; A. Soboul, *La Révolution française*, Gallimard, Paris, 1989. Soboul remarque à propos de la séparation de l'Eglise et de l'Etat et de la suppression du budget de l'Eglise assermentée que : « l'Etat (est) complètement laïcisé » ; G. Lefebvre, *La Révolution française*, P.U.F., 7^e éd., 1989. Lefebvre évoque « La laïcisation de l'Etat sous le Directoire tout en remarquant que cette laïcisation « paraissait... complète. En réalité, elle ne l'était pas... », p. 581 ; Pariset, *La Révolution, Histoire de la France contemporaine*, t. II, remarque à propos de la séparation : « ...pour la première fois dans l'histoire millénaire des rapports de l'Eglise et de l'Etat en France, [la Convention Thermidorienne] a introduit sans assurément pouvoir en assurer tous les effets, le principe nouveau de la séparation, avec son corollaire obligatoire mais encore inaperçu, de la laïcité de l'État », p. 264.

43 Cf. E. de Mari, « La répression des prêtres réfractaires hors de la loi sous la Révolution française (1793 - An VIII) », dans la revue électronique « *Cahiers d'Études du Religieux - Recherches interdisciplinaires* » (ISSN 1760-5776) du Centre Interdisciplinaire d'Étude du Religieux, [<http://www.msh-m.org/cier/>], date de parution : le jeudi 22 novembre 2007.

44 « La séparation n'était... qu'un mot. La lutte de l'Etat républicain contre l'Église catholique romaine continuait », J. Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, P.U.F., 1968, Paris, p. 432.

Pour l'essentiel l'on sait que l'histoire du XIXe siècle se construit à partir des présupposés révolutionnaires, du jugement porté sur l'événement que constitue à elle seule cette période discriminante⁴⁵. Elle reste à achever. Les auteurs du processus de laïcisation institutionnelle, radicaux, francs-maçons, protestants ou beaucoup plus largement, les républicains⁴⁶ et pourquoi pas les « démocrates » (bien que l'expression alors tienne quelque peu de l'uchronie) se déterminent à partir des instants révolutionnaires.

De surcroît, tout ensemble, le constat de l'archaïsme de l'application du concordat, travesti par l'usure des arrangements en « discordat », l'enracinement du suffrage universel depuis 1848 ; l'échec du consensus momentané entre la IIe République et l'Eglise catholique ; comme la portée de ces grands mécanismes que sont à la fois la laborieuse mais réelle révolution industrielle comme les progrès de l'Etat libéral se conjuguent pour préparer cette fois une séparation « complète » des Eglises et de l'Etat, une liberté de conscience réelle et la mise sur pied d'un véritable service public d'enseignement primaire laïc. Tout y concourt, tout s'y prophétise : les atermoiements d'un Lamennais, comme les saillies d'un Prévost-Paradol... Mais seuls les Républicains en effectuant une synthèse à la fois prudente et opérative que l'on qualifiera hâtivement de moderne sauront bâtir la première laïcité française.

II. LE SOCLE RÉPUBLICAIN LAÏC : DE LA IIIe RÉPUBLIQUE À NOS JOURS.

« La conscience moderne est arrivée à la notion de l'Etat laïque »⁴⁷, souligne en 1925 Léon Duguit dans le Tome V de son traité de droit constitutionnel consacré aux libertés publiques. Le « processus de formalisation »⁴⁸ de la laïcité s'ouvre avec la Troisième République. Processus libéral et laïc certes. Cependant, on l'a vu, cette laïcité est discrète jusqu'à 1946. Une fois le cap

⁴⁵ Ce point est discuté. Nous renvoyons aux travaux de F. Furet sur Edgar Quinet. Celui-ci remarquait : « Il faut aujourd'hui supprimer le budget des cultes, proclamer l'enseignement gratuit, séparer l'Eglise de l'Etat, faire l'école laïque... Cette idée si simple, je le sais est encore prématurée ; mais que mes amis du moins ne la laissent pas retomber dans l'oubli. Quand le moment viendra, que d'autres plus heureux que moi, la popularisent et l'appliquent. », cité par G. Weill, *op. cit.*, p. 149. Le processus tient aussi de l'accommodement aux circonstances politiques où Littré, notamment, a une grande influence.

⁴⁶ Là encore, le qualificatif est périlleux.

⁴⁷ Léon Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. V, *Les libertés publiques*, p. 498.

⁴⁸ Selon l'expression de G. Gonzalez, « Éclairages... », *op. cit.*, p. 925.

des généralités passé, le regard plus attentif du juriste s’empreint de prudence et le même Duguit de remarquer par exemple « la politique dite de laïcité »⁴⁹, « les lois dites de laïcité »⁵⁰ (A).

En revanche à partir de 1946 la laïcité, ouverte désormais à tous les débats, s’affiche. Le déferlement des recherches consécutives à la célébration du centenaire de la loi de décembre 1905, mais aussi la prégnance de l’actualité et de ses inquiétudes suscitent des incipits qui semblent plutôt des recommencements : « la laïcité est l’un des foyers d’inquiétude pour une France inquiète »⁵¹. L’ensemble pénètre et anime un espace public qui très confusément rediscute (B) ses repères et ses mythes.

A. UNE LAÏCITÉ LIBÉRALE ET DISCRÈTE.

En 1904 Ferdinand Buisson qui considèrera encore en 1911 le mot de laïcité comme un néologisme oppose « nos lois libérales de laïcité » à la « laïcité pure, absolue, intégrale »⁵². S’il est toujours hardi, si ce n’est périlleux, de faire coïncider en France libéralisme et tradition nationale, le propos de Buisson n’en demeure pas moins caractéristique de la volonté de compromis qui caractérise les promoteurs de ce qui, malgré les pusillanimités officielles, deviendra le « pacte laïc ». C’est bien sûr par la voie de l’enseignement public primaire, l’élément constitutif le plus délaissé, que tout se déclenche. Lois fondamentales, retentissantes pour l’électorat à venir d’une démocratie en formation, ces textes et la pratique surtout de « la laïque » renversent une histoire qui ne donne plus ici dans le spectacle mais dans la longue durée. L’on comprend mieux que la scène finale, celle de la loi de séparation, un peu sévèrement qualifiée de « loi de notaires libéraux »⁵³ ait donné lieu après les violences initiales, mais en forme d’épilogue, aux surprises⁵⁴ nées de son application et aux renversements des positions, à commencer par celui de l’Eglise catholique.

49 L. Duguit, *Traité*, *op. cit.*, p. 587.

50 *Ibid.*, p. 377.

51 Selon la formule de M. Gauchet, *La religion...*, *op. cit.*, p. 9.

52 Cf. F Buisson, « La foi laïque », *Extraits de discours et d’écrits. 1878-1911*, p. 288. Cf. aussi A. Aullard, « Le christianisme... », *op. cit.*, p. 32.

53 Selon l’expression de B. Etienne, *op. cit.*, p. 891.

54 Cf la prophétie de Prévost-Paradol : « La séparation complète de l’Eglise et de l’Etat... s’accomplira au milieu d’une tempête, à la grande surprise de ceux-là mêmes qui auront frappé ce grand coup, et qui... attendront comme tout le monde avec une poignante curiosité le résultat de cette obscure expérience », *La France nouvelle*, 1868, p. 254, cité par P. Legendre, *Trésor...*, *op. cit.*, p. 262.

Cependant plus que ce pacte au bout du compte fort accommodant, surtout après la loi de 1924 sur les associations diocésaines, ressort d'une part une itérative méthodologie, celle du conflit suivi d'accommodements, et d'autre part de nouveaux déterminants et pourquoi pas de nouveaux éléments constitutifs.

Quant à la méthode nous sommes très bien renseignés. « La guerre à toujours contre le catholicisme »⁵⁵, celle des deux France (Blancs-Bleus, Bleus-Rouges)⁵⁶, le champ de bataille de l'école, ne peuvent occulter la dimension explicite de la loi de 1905 : la conjonction des deux éléments constitutifs qui manquaient encore dès les deux premiers articles du texte, l'occultation du principe de laïcité dans tous les textes à venir jusqu'en 1946, les positions du Conseil d'Etat « régulateur de la vie paroissiale »⁵⁷, le rétablissement des relations avec le Vatican⁵⁸, les faux-semblants coloniaux... bref : « la concorde dans la discorde » d'une France laborieuse et arrangeante, et de « bon commerce ».

Sur la question des nouveaux déterminants, entièrement ouverte à la recherche, il semble d'un côté que s'amorcent très tôt les très délicates positions relatives à la neutralité, une discrétion d'Etat sans doute, et d'un autre surtout, les formules d'adhésion politique.

Il est, selon nous, symptomatique que l'immédiat après 1905 soit suivi de la conclusion de l'affaire Dreyfus (1906), la victoire du Bloc des Gauches aux législatives de la même année; plus généralement par la suite le camp républicain, même divisé, emporte toutes les élections. La naissance d'un parti laïque, le parti radical ; les prix Nobel de la paix de Briand (1926) et surtout de Buisson, l'année suivante ; la figure et l'action de l'instituteur, le Dictionnaire de pédagogie de ce même Buisson qualifié par Pierre Nora de « cathédrale de l'enseignement primaire »⁵⁹ participent de la naissance du mythe laïc qui ne s'embarrasse plus même des césures et des nuances de l'histoire. Plus loin, il s'invite à la reconnaissance.

55 Selon l'expression de J. Baubérot.

56 Cf. P. Seippel, *Les deux France*, 1905, et les diptyques proposés par G. Antonetti dans son *Histoire politique contemporaine et sociale*, P.U.F., Paris.

57 Cf. le titre de l'article célèbre de G. Le Bras.

58 Cf. H. Vidal : « Louis Canet, Alexandre Millerand et la reprise des relations diplomatiques entre la France et le Saint-Siège (1920) », *Eglise et pouvoir politique*, Presses de l'Université d'Angers, pp. 397-409.

59 Cf. le titre de son article dans les *Lieux de mémoire*.

B. UNE LAÏCITÉ « RECONNUE »⁶⁰ MAIS INQUIÈTE.

La promotion constitutionnelle de la laïcité est à ce jour sa marque de reconnaissance la plus explicite. Certes élaborée « de façon impressionniste »⁶¹, la laïcité devient non seulement un principe, mais un principe garant de la démocratie⁶². Aux côtés des principes d'autonomie... d'égalité... (et) d'autorité », le principe de laïcité participe ainsi de la notion d'obligation démocratique chère à René Capitant. Vouée à l'incorporation de l'idée de « liberté naturelle... (dans) la théorie démocratique »⁶³ la laïcité goûte ainsi aux charmes d'une théorie quelque peu grisée d'elle-même.

Le lissage des contraintes, l'abondance persistante des arrangements ou « micro concordats », l'affichage des relations entre églises « séparées » et Etat, y compris à la télévision⁶⁴, paraissent alors configurer la nouvelle donne de la laïcité contemporaine: ouverte, de bon aloi, pacifiée. Toutefois, le concept poursuit son évolution: d'ouverte, la laïcité semble « molle »⁶⁵, impréparée à l'âge des identités, aux mutations démographiques comme à la privatisation du phénomène religieux.

Elle n'en demeure pas moins redondante, instrumentalisée à tout va au gré d'une actualité, dramatisée et caricaturale, qui ne cesse de l'invoquer. Diffuse, plastique, tout en étant paradoxalement qualifiée de pilier ou comme ici de socle, la laïcité doit sans doute très curieusement à son histoire confuse et inachevée un succès sans démenti. « A la mode de chez nous » dans une culture manifestement plus propice à la négociation qu'on ne l'affirme elle nourrit un dynamisme constant. Semblant s'autoalimenter par nombre de débats caractéristiques de l'« entre-soi national » elle ne cesse de se fabriquer à la fois un passé et une modernité que chacun à sa manière tentera de retracer.

60 Selon l'expression d'E. Poulat.

61 Cf. par exemple la rubrique « laïcité » du *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., Paris, 2003, p. 914.

62 Selon J. Rivero.

63 R. Capitant, *Ecrits constitutionnels*, CNRS ed., Paris, 1982, p. 205.

64 La première représentation télévisée de la messe de Minuit date de 1948, la première de l'émission « Le Jour du Seigneur » date du 9 octobre 1969.

65 Selon l'expression de G. Haarscher, *op. cit.*, p. 101.

PARTIE II
Aspects constitutionnels : la régulation de la laïcité

LA LAÏCITÉ DEVANT LA COUR CONSTITUTIONNELLE DE TURQUIE

Par **İbrahim KABOĞLU**

Professeur à l'Université Marmara

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à la laïcité sera abordée après avoir jeté un coup d'œil sur la laïcité en Turquie à travers les développements constitutionnels.

I.- LAÏCITÉ À TRAVERS LES DÉVELOPPEMENTS CONSTITUTIONNELS EN TURQUIE

A) Aperçu général : *souveraineté, citoyenneté et laïcité*

Un bref rappel historique sur le mouvement constitutionnel en Turquie nous paraît opportun afin de clarifier notre problématique. À cette fin, nous allons nous contenter de signaler les grands textes constitutionnels mis en vigueur depuis l'Empire ottoman en essayant de les positionner dans notre démarche.

La première charte constitutionnelle qui date de 1876 montre l'existence dans l'histoire ottomano-turque d'un décalage d'un siècle par rapport au mouvement constitutionnel qui débute vers la fin du XVIIIe siècle en Amérique et en Europe. Depuis l'Empire ottoman, l'évolution du constitutionnalisme en Turquie a été marquée par les cinq textes suivants : loi fondamentale de 1876, loi sur l'organisation fondamentale de 1921, loi sur l'organisation fondamentale de 1924, la Constitution de 1961 et la Constitution de 1982. Deux caractères majeurs se dégagent de tous ces textes : la continuité et la rupture.

La continuité signifie une avancée linéaire du constitutionnalisme. Nous voulons signifier par là que chaque étape constitutionnelle, depuis la fin du XIXe siècle, a accru le nombre de mesures destinées à aménager et à limiter

les pouvoirs étatiques, alors que le statut des droits et des libertés a été au fur et à mesure élargi et affermi. La révision de la Charte constitutionnelle en 1909 a transformé celle-ci en Pacte constitutionnel. Le texte de 1924 a réglementé à la fois les pouvoirs étatiques et les droits du citoyen alors que la loi fondamentale de 1921 ne s'occupait que de l'organisation étatique. L'avancée de la Constitution de 1961 par rapport à celle de 1924 a été considérable, car elle a instauré pour la première fois les mécanismes de l'Etat de droit. Une telle avancée linéaire vers l'établissement d'équilibres constitutionnels entre le pouvoir politique et les droits de l'homme montre bien l'existence d'une continuité constitutionnelle.

Quant à la notion rupture que nous évoquions précédemment, celle-ci rend compte pour l'essentiel d'une réaction manifeste à l'avancée linéaire, dont nous venons de parler. Cette continuité s'est, en effet, arrêtée dans les années 1970, suite aux révisions constitutionnelles de 1971 et de 1973 qui restreignirent les droits de l'homme et renforcèrent les pouvoirs étatiques. Mais, la Constitution de 1982 va pousser plus loin encore cette tendance. Profondément marquée par le contexte exceptionnel du coup d'Etat militaire, elle s'inscrit clairement en réaction par rapport à un acquis constitutionnel. Il s'agit donc d'une rupture radicale dans la continuité constitutionnelle, eu égard de plus d'un siècle, au contenu et aux mécanismes d'équilibre établis antérieurement.

Un regard vers le passé nous oblige évidemment à signaler d'autres ruptures, mais dont les caractères sont différents. Le coup d'Etat militaire de 1960 fut la première rupture du genre après l'établissement de la République, et la Constitution de 1961 fut son aboutissement.

Les trois constitutions de la République, malgré les ruptures et les divergences susmentionnées, ont également de nombreux points communs : la proclamation de la souveraineté nationale, la citoyenneté, la laïcité, etc. Si l'actualité de ces caractères communs est indubitable, la mise en cause de la laïcité et la crise de la citoyenneté doivent être soulignées. Faut-il faire avancer et élargir la citoyenneté et la laïcité ? Faut-il considérer ces principes comme des éléments favorisant l'établissement d'un consensus dans la société ou au contraire, comme des facteurs de divergences, voire même de fractures sociales ?

La souveraineté nationale fut conçue comme pierre angulaire de l'Etat républicain du fait que le système républicain a été organisé à partir de l'Assemblée nationale réunie pour la première fois le 23 avril 1920. Dans cette construction, la citoyenneté ou le citoyen républicain tient une place à part. Le concept de la souveraineté nationale a été maintenu jusqu'à nos jours alors que l'utilisation de la souveraineté est partagée par la Cour constitutionnelle depuis 1961.

La laïcisation du régime républicain a été effectuée d'une façon graduelle sous la Constitution de 1924¹ et dans le régime du parti unique. La laïcité, comme la démocratie, est devenue ultérieurement un pilier indispensable de l'Etat de droit. En effet, l'Etat de droit a été promulgué pour la première fois dans la Constitution de 1961, disposant que « *la République de Turquie est un Etat de droit, national, démocratique, laïque et social qui s'appuie sur les droits de l'Homme* » (article 2). Quant à l'actuelle Constitution de 1982, celle-ci définit également la République de Turquie comme un Etat de droit, cette fois étant respectueux des droits de l'Homme, mais non fondé sur les droits de l'Homme.

Une telle différenciation a abouti à l'introduction des mécanismes dérogatoires du point de vue de l'Etat de droit dans la Constitution, marquée par le contexte agité au sein duquel elle avait été promulguée. De fait, une quinzaine de révisions constitutionnelles étalées sur le dernier quart de siècle ont autant impliqué le dépassement des circonstances que la restauration de l'Etat de droit. En effet, les développements constitutionnels du dernier demi-siècle peuvent donc être divisés en trois périodes : instauration de l'Etat de droit (1961), dérogation dans l'Etat de droit (1982) et restauration de l'Etat de droit (1987-2004)².

Quant à l'égalité, l'évolution de ce principe - de la religiosité à la citoyenneté - fut constante. Sous l'Empire ottoman, l'accent était mis sur l'égalité entre les

¹ Sous l'Empire ottoman, la période des réformes (Tanzimat) débutée par une Charte impériale du 3 novembre 1839 impliquait déjà les principes de légalité, d'égalité et de sécurité de la personne. L'évolution vers une éducation dualiste est considérée comme racine du processus de laïcisation.

² Pour le détail v. İbrahim Ö. Kaboğlu, "La Turquie à l'épreuve de l'Etat de droit", Mélanges en l'honneur de Slobdan Milacic, *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruylant Bruxelles, 2007, pp. 117-128.

musulmans et non-musulmans³. Le régime républicain laïc insiste davantage sur l'égalité entre les citoyens du fait que le Traité de Lausanne du 24 juillet 1923 a consacré aux non-musulmans un statut de minorités⁴. L'égalité de tous les citoyens est le dénominateur commun de toutes les constitutions républicaines. D'après la Constitution en vigueur, « *Tous les individus sont égaux devant la loi sans distinctions de langue, de race, de couleur, de sexe, d'opinion publique, de croyance philosophique, de religion ou de secte, ou bien distinction fondée sur des considérations similaires. On ne peut accorder de privilège à un individu, une famille, un groupe ou une classe quelconques. Les organes de l'Etat et les autorités administratives sont tenus d'agir conformément au principe de l'égalité devant la loi en toute circonstance.* » (article 10⁵). Toutefois, l'évolution républicaine n'a pas été suffisante pour la mise en pratique du concept de l'égal citoyen dans un Etat unitaire dont la démocratie et la laïcité fondées sur les droits de l'homme constituent l'axe. A ce propos, aux obstacles constitutionnels et législatifs s'ajoutent aussi une divergence entre le droit positif et sa pratique.

B) LAÏCITÉ DANS LES CONSTITUTIONS

1.- LA CONSTITUTIONNALISATION DE LA LAÏCITÉ

Le principe de la laïcité s'est réalisée au fur et à mesure à partir de 1922. Déjà, la loi organique du 10 janvier 1921 signifiait un changement radical du point de vue de la source et de l'utilisation de la souveraineté: "*La souveraineté appartient à la Nation sans réserves et sans conditions. Le régime d'administration repose sur le principe suivant : le peuple décide de son sort directement et de fait.*" (art.1).

Cependant, la référence à islam a été maintenue dans la première constitution républicaine qui date de 1924 alors que le dualisme des pouvoirs a été supprimé par l'abolition du califat dans la même année⁶. Avec la suppression de la référence à l'islam comme religion d'Etat dans la Constitution (1928), cette évolution suit son cours⁷.

3 Outre la Charte impériale de 1839, la Charte des réformes (Islahat Fermanı) de 1856 était concentrée sur l'égalité des musulmans et non-musulmans.

4 Le Traité de Lausanne est toujours en vigueur.

5 Par la révision constitutionnelle de 2010 le principe de l'égalité a été concrétisé davantage.

6 Le sultanat avait été aboli en 1922.

7 A l'occasion de cette suppression, "les 10 avrils" sont commémorés comme journée de la laïcité.

La direction des Affaires religieuses en tant qu'instance administrative créée en 1924 n'avait pas d'autorité spirituelle, ni le droit d'interpréter les lois islamiques.

La constitutionnalisation de la laïcité n'a été effectuée qu'en 1937.

2.- 2ÈME CONSTITUTION DU RÉGIME RÉPUBLICAIN: CONSTITUTION DE 1961

a) Le texte constitutionnel : la laïcité figure parmi les caractéristiques de la République

La laïcité devient l'une des caractéristiques de la République dans la Constitution de 1961, élaborée à la suite d'un coup d'Etat militaire : *“La République de Turquie est un Etat de droit, national, démocratique, laïc et social qui s'appuie sur les droits de l'homme...”* (art.2).

La Constitution avait introduit une disposition générale pour empêcher l'abus de la liberté de religion (art.19, dernier alinéa).

La conformité au principe de la laïcité figurait parmi les règles à observer par les partis politiques (art.57).

b) L'interprétation de la Cour constitutionnelle : la laïcité parmi les dispositions intangibles

Sur le plan constitutionnel, l'intangibilité était limitée à la forme républicaine du Gouvernement, telle qu'elle l'est en France, par l'article 1^{er} : *“L'État de Turquie est une République”*⁸. Toutefois, la Cour constitutionnelle a intégré par un arrêt prétorien les caractéristiques de la République, déterminées par l'article 2, dans les limites matérielles de la révision de la Constitution⁹. La laïcité a donc fait partie du bloc constitutionnel des dispositions inaltérables à partir de 1970.

Le premier arrêt de la Cour constitutionnelle relatif aux partis politiques concerne un parti pro-islamiste¹⁰ pour actes anti-laïques.

⁸ « La disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'État est la République est non modifiable, et sa modification ne peut être proposée » (art. 9).

⁹ AYM, E.1970/1, K.1970/31, arrêt du 16 juin 1970.

¹⁰ Le 21 mars 1971, le parti appelé *“Milli Nizam Partisi”* (Parti de l'ordre national) sera créé à nouveau par la suite sous le nom de *« Milli Selamet Partisi »* (Parti du salut national).

3. - 3ÈME CONSTITUTION DU RÉGIME RÉPUBLICAIN : CONSTITUTION DE 1982

a) Le texte initial

Le principe de laïcité est affirmé par le Préambule de la Constitution de 1982 qui précise que “*les sentiments de religion, qui sont sacrés, ne peuvent en aucun cas être mêlés aux affaires de l’Etat et à la politique*”. Par ailleurs, l’article 2 de la même Constitution définit la République de Turquie comme “*un Etat de droit démocratique laïque et social, respectueux des droits de l’homme dans un esprit de paix sociale, de solidarité nationale et de justice, attaché au nationalisme d’Atatürk et s’appuyant sur les principes fondamentaux définis par le préambule*”. Cet article 2 forme avec les articles 1 et 3 un bloc de dispositions constitutionnelles intangibles, comme le précise l’article 4.

Par la suite, la Constitution de 1982 fait référence à plusieurs reprises :

- “*aux principes de la République démocratique et laïque*” pour définir le droit de fonder des partis politiques (art.68) ;
- à l’attachement “ *à la République démocratique et laïque*” ou “*aux principes de la République laïque*” ”, respectivement dans les prestations de serment des députés (art.81) et du Président de la République (art.103) ;
- “*au principe de laïcité*” pour définir les fonctions de la direction des affaires religieuses (art.136) ;
- à la sauvegarde de la “*République laïque de Turquie*” dans l’article 174 qui énumère et constitutionnalise les grandes lois de réformes kémalistes.

Enfin, la Constitution de 1982 maintient les principes introduits par la Constitution précédente en ce qui concerne l’abus de la liberté de religion (art.24, dernier alinéa). Même, par ses formulations et restrictions détaillées que les partis politiques doivent observer, la Constitution de 1982 met davantage l’accent sur la “*démocratie militante*” par rapport à la Constitution précédente (voir art.68-69).

Cependant, l’instruction religieuse et morale figure parmi les cours obligatoires dans les programmes primaires et secondaires d’après la Constitution de 1982, alors que l’éducation et l’enseignement religieux étaient prévus comme cours à option dans la Constitution de 1961.

b) Tel que modifié en 2001

Au cours de la révision effectuée en 2001, les notions telles que “*la République laïque*” et “*une République démocratique et laïque fondée sur les droits de l’homme*” (art.14), pour affirmer le statut des droits et des libertés ont été introduites dans le texte constitutionnel.

c) Tel qu’interprété par la Cour constitutionnelle en 2008

La Cour constitutionnelle a élargi le champs d’application du bloc des dispositions constitutionnelles à partir du principe de la laïcité qui figure dans le même bloc¹¹.

II.- JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE RELATIVE À LA LAÏCITÉ¹²

Les arrêts de la Cour constitutionnelle relatifs à la laïcité peuvent être regroupés sous trois titres suivants:

- Les partis politiques,
- La mention de la religion sur les registres d’état civil et sur les cartes d’identité,
- Le foulard islamique dans les universités. (Celui-ci sera abordé sous le titre III).

Dissolution des partis politiques

La dissolution des partis politiques par la Cour constitutionnelle a été argumentée sur deux séries de raisons :

- d’avoir porté atteinte à l’unité nationale,
- de se livrer à des activités anti-laïques.

Les partis politiques dissous par la Cour constitutionnelle pour actes anti-laïques sont les suivants :

- Milli Nizam partisi (Parti de l’Ordre national),
- Huzur Partisi (Parti de la Paix),

¹¹ Voyez le titre III: De l’annulation à la restructuration.

¹² A ce propos pour une étude détaillée et récente, voir : Eric Sales, “*La protection du Principe constitutionnel de laïcité par la Cour constitutionnelle turque*”, Revue du Droit Public, no.6-2009, pp.1649-1682.

- Refah Partisi (Parti de Prospérité),
- Fazilet Partisi (Parti de la Vertue).

1.- PARTI DE L'ORDRE NATIONAL (PON)

L'instauration de l'Etat de droit par la Constitution de 1961 a permis l'épanouissement des organisations telles qu'associations, syndicats et partis politiques. Ces derniers ont été mis sous la garantie de la Cour constitutionnelle qui leur a accordé un statut constitutionnel solide. Cependant, il est peut être paradoxal de constater que la Cour constitutionnelle devait dissoudre pour la première fois deux partis, nés de l'ouverture politique des années soixante : le Parti de l'ordre national, pro-islamique¹³ (Milli Nizam Partisi) et le Parti ouvrier de Turquie (Türkiye İşçi Partisi)¹⁴.

Dans son premier arrêt, la Cour constitutionnelle a constaté que le Parti de l'ordre national avait violé les article 2 (les caractéristiques de la République dont la laïcité figure), 19 (l'interdiction de l'abus de la liberté de religion)¹⁵ et 57 (les règles à observer par les Partis)¹⁶.

2.- LE PARTI DE TRANQUILLITÉ

Le Parti de tranquillité (Huzur Partisi) a été dissous sous le régime de la Constitution de 1982¹⁷. L'arrêt de la Cour constitutionnelle se fonde sur les dispositions de la loi sur les partis politiques, mais pas sur la Constitution.

¹³ AYM, E.S.: 1971/1 (Parti kapatılması), K.S.: 1971/1; K.günü: 20/5/1971, (AYMKD, Sy,9, s.3-71).

¹⁴ AYM, E.S.1971 /3 (Parti kapatılması), K.S., 1971 /3, K. Günü: 20/7/1971, (AYMKD, Sy,9, s.80-131).

¹⁵ “*Personne ne peut exploiter la religion ou les choses tenues sacrées par la religion, ou bien en abuser de n'importe qu'elle manière dans le but de s'assurer un profit ou une influence personnelle, politique, ni fonder ne fut-ce qu'en partie sur des préceptes religieux l'ordre social, économique, politique ou juridique de l'Etat. Les personnes physiques et morales qui contreviennent à cette interdiction ou qui incite les tiers dans ce sens sont punis d'après la loi, et les partis politiques sont définitivement dissous par la Cour constitutionnelle.*” (art.19, dernier alinéa).

¹⁶ “*Les statuts, programmes et l'activité des Partis Politiques doivent être conformes aux principes de la République, démocratique et laïque...*” (art.57).

¹⁷ AYM, E.S.: 1982 /2 (Parti Kapatma), K.S.: 1982/2, K. Günü: 25/ 10 /1983, (AYMKD, Sy.:20, s.345-374).

3.- LE PARTI DE PROSPÉRITÉ

La Cour constitutionnelle prononça la dissolution du Refah Partisi le 16 janvier 1998¹⁸ au motif que celui-ci était devenu un “*centre d’activités contraires au principe de laïcité*”. Quand au fond, la Cour fit valoir que la laïcité était l’une des conditions indispensables de la démocratie. Elle fit observer l’incompatibilité du régime démocratique avec les règles de la charia. Selon la Cour constitutionnelle, “*l’intervention de l’Etat en vue de sauvegarder la nature laïque du régime politique devait être considérée comme nécessaire dans une société démocratique.*”

D’après la Cour européenne, les raisons retenues par la Cour constitutionnelle afin de conclure que le Parti de prospérité enfreignait le principe de laïcité, peuvent être notamment classées en trois groupes¹⁹ :

- ceux d’après lesquels le Parti de Prospérité entendait instaurer un système multijuridique instituant une discrimination fondée sur les croyances,
- ceux selon lesquels le Parti de prospérité aurait voulu appliquer la charia pour la communauté musulmane,
- ceux qui se fondent sur les références faites par les membres du RP au djihad, la guerre sainte, comme méthode politique.

Selon la Cour européenne, “*un parti politique dont l’action semble viser pour partie l’instauration de la charia dans un Etat peut difficilement passer pour une association conforme à l’idéal démocratique sous-jacent à l’ensemble de la Convention.*” (prg.71)²⁰.

4.- PARTI DE LA VERTU

Le parti politique Fazilet, héritier du Refah, avait été dissous par la Cour constitutionnelle au motif que celui-ci était devenu un “*centre d’activités contraires au principe de laïcité*”.

¹⁸ AYM, E.S. 1997/1 (Siyasi Parti kapatma), 1998/1, Ka. Günü:16.1.1998, (AYMKD, Sy.34, 2.cilt, s.762- 1145).

¹⁹ La CEDH, *Affaire Refah Partisi c. Turquie*, le 31 juillet 2001.

²⁰ Cet arrêt a été approuvé par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l’homme le 13 février 2003: “*La Cour, à l’unanimité, dit qu’il n’y a pas eu violation de l’article 11 de la Convention*”.

Cet arrêt de la Cour constitutionnelle²¹ peut être conçu comme le prolongement de son arrêt relatif au Parti de prospérité. La Cour constitutionnelle a prononcé la dissolution de ce Parti en raison de ses activités anti-laïques en vertu des articles 68 et 69 de la Constitution²².

La mention de la religion

L'article 43 de la loi no 1587 sur l'état civil (Nüfus Kanunu) était ainsi libellé :

“Les registres d'état civil reprennent les informations suivantes concernant les individus et les familles (...) 2. La religion de l'intéressé ; (...)”

La Cour constitutionnelle déclara cette mention conforme aux articles 2 (laïcité) et 24 (liberté de religion) de la Constitution dans son arrêt du 21 juin 1995²³, nonobstant l'énoncé même de cette disposition constitutionnelle selon laquelle *“nul ne peut être contraint de divulguer ses croyances et ses convictions religieuses”*.

Les juges constitutionnels considèrent notamment :

“L'Etat doit connaître les caractéristiques de ses citoyens. Ce besoin d'information est fondé sur les nécessités de l'ordre public, de l'intérêt général, et sur les impératifs économiques, politiques et sociaux (...)”

L'Etat laïc doit être neutre à l'égard des religions. Dans ce contexte, le fait de mentionner la religion sur les cartes d'identité ne peut entraîner une inégalité entre les citoyens (...) Toutes les religions ont la même place dans le cadre d'un Etat laïc (...)”

L'on ne peut interpréter la règle selon laquelle “nul ne peut être contraint (...) de divulguer ses croyances et ses convictions religieuses” comme une interdiction de mentionner la religion de la personne dans les registres officiels. La Constitution interdit la contrainte.

21 AYM, E.S.: 1992 /2, K.S.: 2001/2 (Siyasi Parti Kapatma), K.günü: 22.6.2001, (AYMKD, Sy.: 37, 2. cilt, s.922-1552).

22 Sur les résultats politiques des dissolutions successives il convient de citer la remarque suivante : *“Chaque fois que la Cour constitutionnelle dissout un parti islamique, un nouveau parti renaît des cendres du précédent. Les électeurs réagissent à la dissolution de l'ancien parti, présenté comme victime de la justice, et soutiennent davantage la nouvelle génération de politiciens”* (voir la contribution du professeur Gérard Gonzalez, *“Les périple strasbourgeoises de la laïcité turque”*). L'AKP en est la preuve.

23 AYM, publié au Journal officiel le 14 octobre 1995.

La contrainte concerne la divulgation des croyances et des convictions religieuses. Il n'est pas possible de limiter la notion de "croyances et convictions religieuses" par la mention d'une information concernant la religion de chacun dans les registres d'état civil pour des buts démographiques (...)

En conclusion, l'article 43 du code civil ne constitue pas une disposition qui peut être considérée comme une contrainte. Il s'agit d'une information concernant la religion de la personne qui est transmise au registre d'état civil pour des motifs d'ordre public, d'intérêt général, de besoins sociaux (...)"

En bref, d'après la Cour constitutionnelle, une telle mention n'enfreint pas l'essence de la liberté de manifester la religion, puisque la mention de la religion sur la carte d'identité ne saurait être interprétée comme une mesure contraignant à divulguer ses croyances et ses convictions religieuses et comme une restriction à la liberté de manifester sa religion par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

Cinq juges constitutionnels sur onze sont opposés à l'argumentation de la majorité, considérant que la mention de la religion sur les registres d'état civil et sur les cartes d'identité ne se concilient pas avec l'article 24 de la Constitution²⁴.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a constaté la violation de la CEDH en suivant l'avis des dissidents²⁵.

Il convient de noter que l'arrêt Sinan Işık est l'un des rares arrêts de la Cour européenne dans lequel on constate une divergence entre l'arrêt de la Cour constitutionnelle du point de vue de la laïcité²⁶.

III.- DE L'ANNULATION À LA RESTRUCTURATION

L'amendement constitutionnel de 2008 concernant le port du foulard dans les universités a été annulé par la Cour constitutionnelle. Cet arrêt

²⁴ L'argumentation des juges minoritaires se fonde plutôt sur le contenu de la liberté de religion.

²⁵ CEDH, Affaire Sinan Işık c. Turquie, Arrêt, Strasbourg 2 Février 2010. D'après la Cour, "la liberté de manifester sa religion ou sa conviction comporte également un aspect négatif, à savoir le droit pour l'individu de ne pas être obligé de manifester sa religion ou sa conviction et de ne pas être obligé d'agir en sorte qu'on puisse tirer comme conclusion qu'il a –ou n'a pas– de telles convictions..." (prg.41).

²⁶ La divergence entre les deux niveaux est tout à fait exceptionnelle du point de vue de la pratique de l'article 9 de la Convention.

très controversé s'appuie sur le Principe de la laïcité qui figure parmi les dispositions inaltérables de la Constitution. Le pouvoir constituant dérivé a effectué en 2010 une deuxième modification constitutionnelle afin de restructurer la Cour constitutionnelle. Celle-ci peut être conçue comme une revanche politique vis-à-vis du droit.

A) L'AMENDEMENT CONSTITUTIONNEL ET SON CONTRÔLE

1.- LA CONSTITUTIONNALISATION DU PORT DU VOILE DANS LES UNIVERSITÉS

L'amendement effectué en 2008²⁷ ne touche que deux articles de la Constitution : l'article 10 sur l'égalité devant la loi et l'article 42 sur le droit à l'éducation. Il ne contient que deux ajouts : d'abord, à l'alinéa 4 de l'article 10 d'après lequel « *les organes de l'État et les autorités administratives sont tenues d'agir conformément au principe de l'égalité dans tous leurs actes* », la réserve suivante est ajoutée : « *et dans l'usage des services publics de toutes sortes* ». Ensuite, à l'article 42 s'ajouta la disposition suivante comme alinéa 6 « *personne ne peut être privé de son droit à l'éducation pour une raison non prévue par la loi quelle qu'elle soit. La loi détermine les limites qui peuvent être apportées à ce droit* ».

Quel était l'objectif de ces ajouts ? L'objectif du pouvoir constituant dérivé ne peut être compris que par la lecture de l'exposé des motifs de la loi constitutionnelle : « *La privation du droit à l'éducation et à l'enseignement est devenue un problème chronique. Dans aucun autre pays membre du Conseil de l'Europe dont nous sommes l'un des fondateurs, il n'existe un tel problème. Malgré cela, chez nous, comme l'on sait depuis longtemps, certaines étudiantes ne peuvent pas bénéficier de leur droit à l'éducation et à l'enseignement dans les universités en raison de leur tenue vestimentaire pour couvrir leur tête (...)* »²⁸.

²⁷ La modification constitutionnelle du 9 février 2008 a été adoptée par 411 voix sur 550 députés au total : loi du n° 5735, J.O. du 23.2.2008.

²⁸ Cette révision constitutionnelle visait à supprimer l'interprétation restrictive formulée par deux arrêts successifs de la Cour constitutionnelles prononcés en 1989 et 1991.

1.- La Cour a d'abord annulé l'article 16 de la loi sur l'enseignement supérieur qui autorisait le port du voile dans les universités en référant à la croyance religieuse (E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989 (R.G. : 05.07.1989).

2.- A la suite de cet arrêt, l'Assemblée nationale a adopté un nouveau texte relativement nuancé par rapport à celui annulé (Loi no 3670 du 25.10.1990): «*La tenue vestimentaire dans l'enseignement supérieur est libre à condition qu'elle ne soit contraire aux lois en vigueur.*»

Du point de vue de la constitutionnalité, les ajouts aux articles 10 et 42 ont été contestés au motif qu'ils seraient contraires au principe de la laïcité énoncé dans l'article 2 de la Constitution. Toutefois, ces deux articles, au premier regard, ne faisaient que renforcer l'égalité devant la loi et le droit d'accès à l'enseignement supérieur « en s'employant à bannir la discrimination dans l'accès aux services publics »²⁹. En effet, rien dans le texte de ces amendements ne pouvait être considéré en soi comme contraire à la laïcité. Par contre, la constitutionnalité de l'ajout fait à l'article 42 devrait être mis en cause en raison de l'habilitation trop large du législateur pour limiter le droit à l'éducation contrairement à l'article 13 de la Constitution qui prévoit le principe de constitutionnalité des raisons de limitation des libertés : *“les droits et libertés fondamentaux ne peuvent être limités que pour de motifs prévus par des dispositions particulières de la Constitution...”*.

Néanmoins, le recours déposé³⁰ devant la Cour soutenait que l'amendement constitutionnel en question violait le principe de laïcité, en particulier l'article 2. Il évoquait également d'autres passages de la Constitution pour démontrer que la révision constitutionnelle adoptée menaçait la séparation entre la religion et l'État.

2.- L'ARRÊT DE LA COUR : DU CONTRÔLE DE FORME AU CONTRÔLE DU FOND³¹

Le 7 mars 2008, la Cour a décidé d'examiner le recours en question. En attendant le verdict de la Cour, les tentatives d'application de l'amendement ont provoqué une certaine confusion dans les universités. Certains recteurs ont

Cette fois, la Cour constitutionnelle a confirmé la constitutionnalité de l'article renouvelé, mais sous réserve d'interprétation (E.1990/36, k.1991/8, 09.04.1991). La technique utilisée par la Cour constitutionnelle nous amène à faire les remarques suivantes :

- L'expression *“Loi en vigueur”* couvre aussi la Constitution ;
- Quant à la Constitution, elle interdit le foulard islamique (türban) tel qu'il a été précisé dans les arrêts précédents de la Cour constitutionnelle;
- De ce fait, le nouvel article ne libère pas le türban et n'invalide pas l'arrêt précédent de la Cour constitutionnelle.

²⁹ Marcou (Jean), « *La Cour constitutionnelle turque et la réforme autorisant le voile* », mardi 12 février 2008, *Observatoire de la vie politique turque* (OVIPOT), p. 2.

³⁰ La Cour a été saisie par le Parti républicain du peuple (CHP) en qualité de principal parti d'opposition, soutenu par le Parti démocratique de gauche (DSP).

³¹ Pour le détail, voir İbrahim Ö. Kaboglu, *“Le contrôle de constitutionnalité sur l'amendement constitutionnel”*, *Le Cahiers du Conseil constitutionnel*, no.27, pp. 38-42.

décidé d'accueillir des étudiantes voilées, d'autres, au contraire, de maintenir l'interdiction à leur endroit. Le Conseil d'État a annulé, le 11 mars, la circulaire du Président du YÖK (Conseil de l'enseignement supérieur) demandant aux recteurs de mettre en application la levée de l'interdiction du voile dans les universités.

La Cour s'est prononcée par 9 voix contre 2, le 5 juin 2008, sur l'annulation des amendements et a décidé à l'unanimité le sursis à exécution de la loi constitutionnelle jusqu'à la publication de son arrêt motivé au *Journal Officiel*³².

Quelle fut la technique utilisée dans la motivation de cet arrêt ? La méthode adoptée par la majorité pour se prononcer fournit des indicateurs sur « *le choix de l'annulation pour un motif de fond* » (atteinte aux principes fondamentaux de la République, en particulier au principe de laïcité) et sur « *le choix de l'annulation pour un motif de forme* » (art. 4 de la Constitution)³³. La demande d'annulation est examinée par la Cour d'abord du point de vue de la procédure et ensuite du point de vue du contenu.

a) *Volet procédural* : la Cour souligne d'abord que le pouvoir constitué ne peut agir que dans le cadre juridique déterminé par le pouvoir constituant originaire. En rappelant sa jurisprudence des années 1970 concernant les dispositions non modifiables, la Cour pose le principe selon lequel la proposition d'une modification touchant au Préambule et aux articles 1 et 2 de la Constitution est contraire aux conditions de forme énoncées dans l'article 9.

Une initiative ne respectant pas les règles de la majorité de vote, prévue dans l'article 148, ne serait pas valable. Il en résulte que l'initiative d'une modification proposée dans de telles conditions serait hors de la compétence du législateur. La modification constitutionnelle doit être conforme au choix fondamental du pouvoir constituant concrétisé dans les trois premiers articles. Dans ce cadre, l'article 175, comme norme d'habilitation et de procédure de révision et l'article 148 qui détermine la sanction juridique de la compétence reconnue par l'article 175 doivent être pris en considération dans leur ensemble.

32 Pour l'arrêt motivé, voir le *J.O.* : 22.10.2008-27032.

33 Arrêt précité, p.14-21.

Compte tenu de ces précisions, d'après la Cour, le contrôle de forme tel qu'il est prévu dans l'article 148 consiste, d'abord, à vérifier l'existence de la condition d'une « *proposition valable* ». La Cour définit ensuite « *l'ordre constitutionnel* », c'est-à-dire l'ensemble des normes constitutionnelles et les trois premiers articles qui concrétisent cet ensemble. Quant à l'article 4, celui-ci a, en tant que garant des trois premiers articles, selon la Cour, naturellement un caractère inaltérable. Lorsque les modifications qui touchent les trois premiers articles ou d'autres modifications affectant l'ordre constitutionnel d'une façon explicite ou implicite ne sont pas valides du point de vue juridique, même les propositions valides du point de vue du quorum ne sont pas conformes à la Constitution.

Par conséquent, la Cour se considère compétente pour examiner la constitutionnalité de la modification et la conformité des articles modifiés aux caractéristiques de la République déterminées dans l'article 2. Si elle constate leur non conformité, il faut accepter la possibilité de leur annulation pour violation de l'interdiction prévue à l'article 4.

b) *Volet substantiel* : le principe de la République laïque constitue l'axe de l'argumentation de la Cour : les règles juridiques sont adoptées sous l'optique de la raison et de la science en envisageant les attentes démocratiques, mais non selon les exigences de religion. Le processus démocratique participatif s'accompagne de la neutralité de l'État vis-à-vis des religions et des croyances et le caractère laïque de l'éducation. Par définition, la laïcité qui assure la paix sociale et politique est une valeur commune : les démocraties contemporaines refusent les allégations des vérités absolues afin de s'appuyer sur la raison contre les dogmes³⁴.

Au vu de l'exposé des motifs de la loi constitutionnelle, la Cour précise la finalité de la modification de la façon suivante: la reconnaissance du voile comme signe religieux pour les bénéficiaires du droit à l'enseignement supérieur (service public).

Bien qu'il s'agisse d'un choix et d'une liberté individuelle, le signe religieux, porté dans les locaux de l'enseignement où se retrouvent tous les étudiants constitue un danger potentiel pour les personnes ayant des choix différents concernant les modes de vie, les idées politiques ou les croyances. Un tel danger pourrait porter atteinte à l'égalité dans l'exercice du droit à l'éducation.

³⁴ Arrêt cité p. 18.

La Cour n'exclut pas le respect de la hiérarchie des normes : du point de vue des relations entre la loi et la Constitution, la garantie des droits et des libertés des personnes qui n'appartiennent pas à la croyance de la majorité ne devrait pas être laissée à l'appréciation du législateur. La constitutionnalité des réserves et des mécanismes de garantie est une implication d'un État de droit fondé sur les droits de l'homme fruit de l'expérience du constitutionnalisme démocratique.

D'après la Cour, au lieu de résoudre les problèmes sociaux par le procédé du compromis démocratique, l'utilisation d'une façon abusive de la religion n'est pas permise dans le cadre des dispositions explicites de la Constitution (art. 24 dernier alinéa). La Cour en citant ses arrêts précédents rappelle que le foulard islamique était anticonstitutionnel du point de vue des libertés et droits d'autrui, de l'instrumentalisation de la religion ainsi que de l'ordre public. La Cour, en considérant ses arrêts précédents et ceux de la CEDH (*L.Şahin*, *L. Dahlab*, *Refah Partisi*,...),³⁵ constate que les ajouts faits aux articles 10 et 42 sont contraires aux principes de la laïcité en raison de l'instrumentalisation de la religion à des fins politiques (volet procédural) et en raison de l'atteinte aux droits d'autrui et à l'ordre public (volet substantiel).

Un tel aménagement, du fait qu'il affecte d'une façon indirecte les caractéristiques de la République énoncées dans l'article 2 de la Constitution, est contraire à l'interdiction de modification et de proposition de modification. Il ne remplit donc pas la condition relative aux propositions prévue dans l'article 148/2. Pour ces raisons, la loi constitutionnelle est contraire aux articles 2, 4 et 148 de la Constitution.

3.- REMARQUES SUR L'ARRÊT D'ANNULATION

Dans la Constitution de 1982 de la République de Turquie, comme dans la plupart des États européens, il y a une sorte de hiérarchie à l'intérieur des règles constitutionnelles :

³⁵ *Dahlab c/Suisse*, déc., 15 fév. 2001: le port du foulard par une institutrice se conciliait mal "avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves". *Leyla Şahin c/ Turquie*, Grande Chambre, 10.11.2005: le refus d'un diplôme à la photo voilée par l'Université d'Istanbul n'a pas été jugé comme contraire à l'article 9 de la CEDH. *Refah Partisi c/ Turquie*, 31 juillet 2001: l'incompatibilité de la loi islamique avec la CEDH a été soulignée par la Cour.

- d'une part, les règles qui sont soustraites au pouvoir de révision qui s'appellent les dispositions non modifiables ou non révisables ;
- d'autre part, les règles qui peuvent être modifiées par le pouvoir de révision : règles modifiables ou révisables.³⁶
- l'existence d'une troisième catégorie de règles vient d'être confirmée par la Cour : les dispositions modifiables accordant le sens aux dispositions inaltérables. De ce fait, leurs modifications affectent les éléments essentiels des dispositions non révisables.

Dans l'ordre constitutionnel de Turquie, le pouvoir de modifier la Constitution a été considéré par les milieux politiques en 2008 comme un pouvoir souverain dans la mesure où il respectait la procédure prévue par l'article 175 et à condition de ne pas modifier les trois premiers articles de la Constitution³⁷. Par contre, la Cour constitutionnelle a accentué le pouvoir constituant originaire et s'est reconnue compétente pour interpréter si la volonté du pouvoir constituant originaire est respectée ou non. Dans ce cadre, la Cour, en interprétant l'article 148 et l'article 4 d'une façon large a vérifié si les lois constitutionnelles portaient (ou non) atteinte aux principes fondamentaux énoncés dans les trois premiers articles.

Dans l'arrêt n° 2008/116, la divergence entre la majorité et l'opinion dissidente apparaît sur les trois notions principales : liberté, laïcité et démocratie. La majorité met l'accent sur le droit à l'éducation, l'impartialité de l'enseignement, le danger potentiel pour les étudiantes non voilées, l'ordre public, les arrêts précédents de la Cour et ceux de la CEDH : la liaison inséparable entre la laïcité et la liberté est concrétisée par le raisonnement et la pensée libre. Dans ce contexte, les domaines naturellement non modifiables et les dispositions qui ont une liaison directe ou indirecte avec les premiers constituent les limites organiques du pouvoir constituant dérivé. « *La compétence de la compétence* » est présente comme pouvoir constituant originaire dans l'argumentation de la majorité. Ainsi, remarque-t-on l'interférence entre le contrôle de forme et l'examen au fond.

³⁶ Quant aux modalités de révision, la procédure est organisée de façon assez compliquée (art. 175). D'après les conditions indiquées dans cet article, le Président de la République a la possibilité de soumettre ou de ne pas soumettre la loi de révision au peuple.

³⁷ Pour cette raison, ils ont souvent fait référence au nombre de députés qui ont voté l'amendement constitutionnel : 411.

Au contraire, la minorité accentue plutôt la démocratie et la liberté, les limites du contrôle de constitutionnalité, les relations entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé.

Le trait commun entre la majorité et l'opinion dissidente est le manque de conciliation dans le contexte du triangle signalé du fait que les droits de l'homme constituent l'infrastructure de la démocratie et de la laïcité. En effet, comme l'opinion dissidente le souligne, il s'agit d'une interprétation forcée³⁸ dont l'aboutissement est l'activisme juridique de la Cour. Toutefois, le risque de bloquer toutes les modifications constitutionnelles ultérieures, sur lequel insiste l'opinion dissidente, devrait être nuancé du fait que l'amendement litigieux concernant la laïcité figure dans un domaine où le consensus est relativement faible.

B) REVANCHE DU POLITIQUE: LA RESTRUCTURATION DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Pour mieux comprendre l'approche conflictuelle à la laïcité en Turquie, il convient de signaler tout d'abord notre remarque relative à l'arrêt d'annulation de la Cour constitutionnelle. Ensuite, il faut évoquer le procès intenté contre l'AKP. Enfin, la modification constitutionnelle qui vise à restructurer la Cour constitutionnelle ne peut être conçue que sous l'optique des deux premières remarques.

1.- LES MOTIFS DE LA RESTRUCTURATION

“Une lecture intégrale de l'arrêt nous amène à faire une dernière remarque. L'appréciation de l'arrêt ne peut être limitée au cadre du droit positif constitutionnel du fait qu'il s'appuie sur des éléments politico-juridiques comme la démocratie et la laïcité. Dans la mesure où il n'existe pas de conciliation³⁹ entre ces deux notions qui se complètent, il paraît difficile de surmonter l'approche conflictuelle, même dans le contexte constitutionnel. Par conséquent, au-delà de l'analyse juridique, on pourrait avancer que l'arrêt demande aussi à être situé dans le contexte d'une tension qui perdure

38 Un parallélisme peut être constaté entre la méthode suivie par le Parlement au cours de la révision constitutionnelle et celle de la C.C. pour l'annuler.

39 Cependant l'arrêt d'AKP de la Cour constitutionnelle du 30 juillet 2008 reflète une approche conciliatrice entre la démocratie et la laïcité.

*entre la démocratie (déficiente) et la laïcité (combative). En effet, l'exposé des motifs reflète bien le souci de protéger l'ordre constitutionnel dont des caractéristiques de la République tracent les limites.*⁴⁰

Le Procureur général auprès de la Cour de Cassation a ouvert un procès devant la Cour constitutionnelle en alléguant la dissolution de l'AKP le 14 mars 2008. C'est-à-dire que lors de l'arrêt d'annulation de l'amendement constitutionnel, la Cour constitutionnelle a aussi exercé un contrôle de constitutionnalité sur le Parti de Justice et de Développement (AKP) qui était au pouvoir depuis novembre 2002⁴¹. La Cour constitutionnelle a prononcé la privation partielle de l'aide financière au lieu de sa dissolution⁴².

Sur les 11 juges qui composaient la Cour, 10 ont estimé que l'AKP était devenu le “*centre*” d'activité ainti-laïques contraires à l'article 68 (4) de la Constitution et l'ont sanctionné en lui retirant pour un an la moitié du financement public qu'il s'était vu allouer. 6 juges ont voté pour la dissolution, une voix ayant manqué pour que la majorité qualifiée requise, qui est de 7 voix, soit atteinte⁴³.

L'objectif principal de la révision constitutionnelle réalisée en 2010 fut la restructuration de la Cour constitutionnelle et du Conseil supérieur des Juges et des Procureurs. L'arrêt cité de la Cour constitutionnelle a été utilisé comme motif pour la réorganisation de la Cour⁴⁴. Cela signifie la revanche du politique (majorité parlementaire) vis-à-vis du droit (jurisprudence de la Cour constitutionnelle).

40 I. Kaboğlu, « *Le contrôle de constitutionnalité sur l'amendement constitutionnel* », p.42.

41 AYM, E.S.: 2008/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.S.:2008/2, K. Güni: 30.7.2008, R.G.: 24 Ekim 2008-Sy.:27034, s.51-843.

42 En effet, la majorité des membres de la Cour constitutionnelle s'est prononcée pour la dissolution de l'AKP. Les six juges constitutionnels avaient voté pour la dissolution alors que les quatre juges étaient favorables pour la privation de la subvention publique de l'AKP. Cependant, la Constitution d'après la modification de 2001 exigeait une majorité qualifiée pour la dissolution des partis politiques. Finalement, la sanction appliquée à l'AKP resta limitée par la privation de l'aide publique relativement symbolique : 50% de la subvention annuelle.

43 Il convient de rappeler que la modification constitutionnelle de 2001 avait déjà durci les conditions de la dissolution des partis politiques en prévoyant une exigence de majorité qualifiée des 3/5 (article 149).

44 Le nombre des députés qui ont voté pour la modification constitutionnelle a été souvent évoqué du point de vue de la souveraineté nationale afin de contester l'arrêt d'annulation de la Cour constitutionnelle.

Le besoin d'une réforme concernant la Cour constitutionnelle était à l'ordre du jour depuis la mise en vigueur de la Constitution de 1982 qui signifiait l'éloignement du modèle européen de la justice constitutionnelle par rapport à la constitution précédente. Sans doute, une telle réforme ne serait-elle envisagée que dans le contexte général de la Constitution qui manquait de mécanismes d'équilibre. Toutefois, la majorité d'AKP a ciblé deux instances constitutionnelles au lieu d'une révision globale relative aux trois pouvoirs (juridictionnel, législatif et exécutif) dans leur ensemble. Le discours pour justifier la restructuration de deux instances constitutionnelles était concentré sur leur démocratisation. Cependant, l'objectif de la démocratisation reste limité alors que les deux instances constitutionnelles ont été façonnées par le parti politique au pouvoir⁴⁵. Nous allons nous contenter de donner quelques éléments en ce qui concerne la composition de la Cour constitutionnelle.

2.- LA NOUVELLE CONFIGURATION DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Le nouveau mode de désignation des membres de la Cour a été justifié par la démocratisation de la justice constitutionnelle.

Alors que la Constitution de 1961 prévoyait un système mixte du point de vue de la nomination des juges constitutionnels la Constitution de 1982 a privilégié le pouvoir exécutif en la matière. D'après la Constitution précédente le pouvoir d'élection et de désignation était partagé entre le pouvoir législatif, le pouvoir juridictionnel et le pouvoir exécutif. Toutefois, d'après la Constitution de 1982 qui a exclu l'Assemblée nationale, l'ensemble des juges de la Cour étaient nommés par le président de la République à partir d'une liste de hauts magistrats ou de candidats proposés par les Cours suprêmes et par le Conseil de l'enseignement supérieur.

La révision constitutionnelle de 2010⁴⁶ a modifié d'abord la composition de la Cour constitutionnelle :

45 Les deux nominations effectuées par le Président de la République pendant le processus de modification sont significatives. Alors que le nouveau texte avait limité pour 12 ans le mandats des juges constitutionnels, deux juges de 41 et 44 ans ont été nommés d'après le texte en vigueur qui n'avait pas prévu une durée de mandat. Ces deux juges exerceront leur mandat jusqu'à 65 ans tandis que le mandat sera limité pour 12 ans pour les nouveaux juges...

46 La loi relative à la modification constitutionnelle porte le titre suivant : "*La loi sur l'amendement de certains articles de la Constitution de la République de Turquie*", no 5982 du 5/5/2010, JO R.G.) no 27580 du 13 mai 2010. Ce texte a été soumis à un référendum le 12 septembre 2010 après la promulgation par le président de la République le 11 mai 2010. Le peuple a validé cette révision constitutionnelle par une majorité de 57,88 % contre 42,12 %.

En premier lieu, le nombre des membres de la Cour a été augmenté : le nombre total des juges était 15 dont 4 suppléants. Le nouveau texte en supprimant les membres suppléants a fixé le nombre des membres comme 17.

En second lieu, trois d'entre eux seront nommés par l'Assemblée nationale, les quatorze membres seront aussi nommés par le président de la République. Toutefois, la majorité qualifiée n'est pas prévue pour être élu par le Parlement alors qu'un haut niveau de compétence est exigé dans le modèle européen.

Ensuite, la Cour constitutionnelle a été restructurée en deux chambres et la majorité qualifiée pour l'assemblée plénière a été affermie. L'assemblée plénière ne pourra se prononcer que par un vote à la majorité des deux tiers sur l'annulation d'amendements constitutionnels, la dissolution des partis politiques ou la privation des subventions.

Enfin, la reconnaissance du recours individuel devant la Cour constitutionnelle doit être signalée comme nouveauté principale⁴⁷.

Du passé à l'avenir: quelle conclusion?

Le passé :

Quelle lecture peut-on faire de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ? Les arrêts de la Cour relatifs à la laïcité furent la plupart du temps au centre des débats politico-juridiques et cela pour trois raisons :

Premièrement, du politico-démocratique, le manque de consensus sur la laïcité doit être signalé sous le régime du multipartisme.

Deuxièmement, du point de vue du droit positif en vigueur, certaines dispositions légales reflètent un souci exagéré pour la protection de la laïcité. Par exemple, La loi sur les partis politiques interdit aux partis d'avoir l'objectif de supprimer la Présidence des affaires religieuses, instance constitutionnelle (article 136).

Troisièmement, du point de vue de l'approche de la Cour, il est évident que la jurisprudence constitutionnelle reflète une interprétation stricte du

⁴⁷ Pour le détail, voir : M. Hanifi Bayram, "*La révision constitutionnelle turque : une réforme de la Cour constitutionnelle sous l'influence conventionnelle*", *Revue du Droit Public*, no.6-2010, pp. 1789-1805.

droit positif. Une sorte de laïcité combative correspond à la jurisprudence développée par la Cour. Elle est aussi souvent affectée par la tension politique.

Le présent :

Le présent est marqué par la période de transition du point de vue structurel et jurisprudentiel. Certes, peut-on parler de l'évolution de la laïcité combative vers une laïcité conciliée avec les exigences de la démocratie et des droits de l'homme. Toutefois, quant au triangle de laïcité, de citoyenneté et d'égalité, la Cour constitutionnelle maintient son approche stricte. En effet, l'équation existante entre ces trois notions n'a pas pu être créée par la Cour constitutionnelle⁴⁸.

L'avenir :

La formule constitutionnelle d'après laquelle "*la laïcité et la démocratie sont fondées sur les droits de l'homme*" serait-elle réalisable ? Les trois facteurs suivants pourraient nous offrir des éléments de réponse à cette question : l'alternance politique, l'évolution du droit positif et l'attitude des juges. Pour l'instant, il est trop tôt pour faire un pronostic. Mais ce qui est évident à l'heure actuelle, c'est que le conservatisme et l'islamo-turquisme gagnent le terrain au fur et à mesure dans la société de Turquie sous le Gouvernement de l'AKP.

L'AKP a utilisé jusqu'à maintenant tous ses atouts afin de faire élire ou de nommer ses partisans ou sympathisants à la Cour constitutionnelle⁴⁹ ou au Conseil supérieur des juges et des procureurs.

Certes, la Turquie est-elle en train de dépasser la conception de la laïcité combative, mais l'incertitude règne sur l'avenir des caractéristiques de la République y compris la laïcité...

48 Un arrêt récent de la Cour constitutionnelle en est significatif du point de vue de la citoyenneté. La Cour vient de refuser la loi sur les noms qui date de 1934 et qui oblige les citoyens de prendre les noms en turc.(AYM, E.S: 2009/47, K.S.:2011/51, K.giünü: 17.3.2011).

49 La signature de la déclaration pour libérer le voile dans les universités aurait constitué un critère déterminant dans la désignation et nomination des universitaires comme juges constitutionnels.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS ET LA LAÏCITÉ

Par Eric SALES

Maître de conférences HDR
Universités de Montpellier 1 (CERCOP) et Galatasaray

Principe inhérent à l'identité constitutionnelle française, la laïcité n'en demeure pas moins un thème qui sent encore un peu la poudre¹ ainsi qu'en témoignent certaines réactions récentes contre la remise en cause dudit principe par le Président de la République². En revanche, la thématique ne soulève pas de vifs débats dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, en l'état actuel du droit positif, il est bien difficile d'étudier le principe de laïcité dans ce cadre-là. Plus précisément, il est délicat de rendre compte de l'intégralité de la notion car les juges constitutionnels ont rarement eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet et lorsqu'ils l'ont fait, les décisions qu'ils ont rendues n'ont pas permis d'appréhender la laïcité dans sa globalité. De façon corrélative, peu d'études doctrinales portent précisément sur le sujet³, même si l'on retrouve, à l'occasion des commentaires des décisions du Conseil constitutionnel, des réflexions ponctuelles sur le principe de laïcité⁴. Afin de rester néanmoins concentré sur l'objet d'étude ainsi délimité quelques précautions de départ s'imposent donc.

1 J. Rivero, « *La notion juridique de laïcité* », *Dalloz*, 1949, Chron., p. 137.

2 Henri Pena-Ruiz, « *Laïcité : les cinq fautes du Président de la République* », *Le Monde*, 3/01/2008.

3 Voir tout de même, le rapport du Conseil constitutionnel français pour la XIème Conférence des Cours constitutionnelles européennes sur « *La jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France* », éléments rassemblés par Brigitte Gaudemetbasdevant, Université Paris Sud, Jean MONNET, Novembre 1998.

4 Voir par exemple, Laurent Domingo, Laurence Gay, Xavier Magnon, Loïc Philip et André Roux, chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel. 1er octobre-31 décembre 2004, RFDC, 2005/2 - n° 62, p. 343 à 346.

Tout d'abord, il ne s'agit pas de la laïcité en droit constitutionnel, sujet qui supposerait le développement de considérations historiques bien antérieures à la Constitution de 1958. En effet, dès la révolution française et malgré la référence à l'être suprême dans la Déclaration de 1789, l'assise du pouvoir change. Elle devient rationnelle en substitution de son ancien fondement de droit divin. Dès 1791, la Nation constitue, avant toute chose, l'origine de la souveraineté. Ainsi, bien avant l'apparition de la notion de laïcité, la séparation de l'Etat et de la religion s'est développée progressivement. La nationalisation des biens d'Eglise⁵, la constitution civile du clergé⁶, la mise en place d'une instruction publique gratuite⁷, la suppression du service public religieux de l'état civil⁸ ..., l'institution du mariage civil⁹, sont autant de signes d'un changement fondamental des rapports entre le monde temporel et spirituel. Au niveau constitutionnel, plusieurs textes attestent de la volonté d'établir une rupture avec la religion et spécialement avec la religion catholique. La reconnaissance de la liberté de pensée et de croyance, inscrite dans l'article 10 de la Déclaration révolutionnaire de 1789, offre, par exemple, la possibilité à chacun, à titre personnel, de choisir sa propre religion. Le titre premier de la Constitution de 1791, dans la partie consacrée aux dispositions fondamentales garanties par la Constitution, protège les différentes confessions religieuses derrière l'inscription de la liberté constitutionnelle des cultes. Enfin, en réitérant cette dernière exigence, l'article 354 de la Constitution du 22 août 1795 établit, vraisemblablement pour la première fois, une séparation nette entre l'Etat et la religion en précisant que « ... *Nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'un culte. La République n'en salarie aucun* ». Si

5 Après avoir adopté la nationalisation des biens du clergé, le 2 novembre 1789, l'Assemblée constituante dissout le 13 février 1790 les congrégations sauf celles exerçant des activités caritatives ou d'enseignement.

6 Décret de l'Assemblée nationale du 12 juillet 1790 sur la constitution civile du clergé abrogeant le concordat conclu en 1516 et dont le document est conservé aux Archives nationales, Paris (AE II 1185). Les évêques et les curés sont tenus de prêter serment à la Constitution en ces termes : « *veiller avec soin sur les fidèles du diocèse, être fidèle à la Nation, à la Loi et au Roi, maintenir de tout leur pouvoir la Constitution décrétée par l'Assemblée Nationale et acceptée par le roi.* ».

7 Voir le titre Ier de la Constitution de 1791.

8 A partir du 20 septembre 1792, les registres d'état civil, jusqu'alors tenus par l'Eglise, sont transférés aux communes.

9 A partir du 20 septembre 1792, Le mariage civil devient alors la forme légale du mariage. Le mariage religieux, qui n'a pas de valeur légale, reste un choix individuel.

ce principe sera remis en cause par la suite, la période révolutionnaire n'en reste pas moins celle au cours de laquelle l'idée de laïcité trouve sans doute sa source.

Il ne s'agit pas non plus, ensuite, de la laïcité dans la jurisprudence constitutionnelle, thème qui impliquerait également, à côté de l'étude des décisions du Conseil Constitutionnel, de procéder à l'analyse des décisions de justice de la juridiction administrative, et principalement des arrêts du Conseil d'Etat sans oublier ses avis, et spécialement celui de 1989, dont le fondement juridique repose sur le principe constitutionnel de laïcité. Une place à part devrait être réservée à l'arrêt du Conseil d'Etat à l'occasion duquel celui-ci a érigé la laïcité en principe fondamental reconnu par les lois de la République tout en reconnaissant que la constitutionnalisation de la laïcité en 1946 et en 1958 n'avait pas entraîné l'abrogation implicite des lois antérieures et, notamment, celles concernant la législation locale en Alsace-Moselle¹⁰.

Limitée à la seule jurisprudence du Conseil Constitutionnel, l'étude de la laïcité s'avère difficile à appréhender car le principe est rarement invoqué ou car le Conseil Constitutionnel n'a pas été saisi¹¹ ou parce qu'il ne l'a jamais été¹². Dans ces conditions, pour définir la laïcité, dans la jurisprudence constitutionnelle, il était possible de suivre au moins deux démarches. L'une consistant à prendre, pour point de départ de la réflexion, une définition doctrinale et à vérifier son écho jurisprudentiel. Sous cet angle là, il est vrai que la laïcité définie autour de la réunion de trois principes – la liberté de conscience, l'égalité en droit des individus quelles que soient leurs croyances, la neutralité des pouvoirs publics¹³ – est identifiable dans la jurisprudence constitutionnelle¹⁴. L'autre, résidant dans la recherche de l'exploitation du

¹⁰ CE, Syndicat national des enseignants du second degré, 6 avril 2001, n° 219379, AJDA, janvier 2002, p. 63.

¹¹ Ainsi en est-il, par exemple, de la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, qui n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel.

¹² Tel est le cas du statut local de l'Alsace-Moselle antérieur à 1958.

¹³ En ce sens, voir Henri Pena-Ruiz, "*Qu'est-ce que la laïcité ?*", Gallimard, 2003. Cette définition a été reprise également par le rapport de la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République (Rapport « Stasi ») remis le 10 décembre 2003 au Président de la République. Voir, « *Laïcité et République* », La documentation française, 2003.

¹⁴ Pour la liberté de conscience, voir CC, Décision n° 77-87 DC, du 23 novembre 1977, Rec., p. 42, cons. 5 ; pour le respect de l'égalité, voir notamment, Ferdinand Melin-Soucramanien, "*Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*", PUAM, Economica, 1999 ; pour la neutralité des services publics, voir CC, Décision n° 96-380 DC, du 23 juillet 1996, Rec., p. 107, cons. 6.

mot par le juge constitutionnel ou, en dehors de son utilisation, de l'étude de la signification qu'il revêt pour le Conseil constitutionnel. La deuxième solution sera retenue ici pour trois raisons principales. Tout d'abord, il n'y a pas nécessairement unanimité autour d'une définition doctrinale souvent marquée par la subjectivité¹⁵. Ensuite, la jurisprudence n'entre pas obligatoirement dans un cadre préétabli¹⁶. Enfin, la laïcité constitutionnelle est peut-être différente de la laïcité législative à partir de laquelle la définition doctrinale a souvent été construite.

Le principe, s'il est identifié par la Constitution, n'a pas fait l'objet de précision particulière alors qu'il n'apparaît pas dans la loi de 1905 pourtant considérée comme le texte fondateur de la laïcité à la française. Si le mot même de laïcité ne figure pas dans la loi de 1905, il existe néanmoins, à partir du contenu du texte législatif, un accord unanime sur sa signification, à savoir la séparation de l'Eglise et de l'Etat. Ce texte se caractérise par un double refus : refus de reconnaître, refus de subventionner. Sous l'intitulé « *Principes* », l'article 2 indique que « *la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte* ». En outre, il est précisé que sont supprimés les établissements publics du culte ainsi que toutes les dépenses relatives à l'exercice des cultes dans les budgets de l'Etat, des départements et des communes. La loi de 1905 énonce donc un principe de séparation apparemment clair en vertu duquel l'Etat doit rester complètement étranger à la sphère individuelle et privée dans laquelle se trouve désormais cantonnée la religion. Il en découle un certain nombre de conséquences matérielles : suppression du service public de l'Eglise, disparition du Ministère des cultes et du Budget des cultes, renonciation du chef de l'Etat au droit de nommer les évêques et autres dignitaires ecclésiastiques. La laïcité ainsi fondée paraît *a priori* stricte et rigide. Elle repose sur l'ignorance absolue des religions par l'Etat. Situé hors de toute obédience religieuse, celui-ci refuserait aux cultes tout régime de droit public, tout soutien financier, toute relation organisée. Le cloisonnement entre le politique et le religieux serait radical. En conséquence de quoi, il ne saurait y avoir de religion d'Etat, ni de privilège accordé par

15 Voir, par exemple, la critique de la précédente définition établie par Maurice Barbier, "Pour une définition de la laïcité française", *Le Débat*, n° 134, mars-avril 2005.

16 Par exemple, les juges constitutionnels exigent une neutralité ou une discrétion religieuse des individus dans leurs rapports avec les collectivités publiques. En ce sens, voir CC, Décision n° 99-505 DC, du 19 novembre 2004, JO du 24 novembre 2004, p. 19885, cons. 18.

l'Etat à une croyance déterminée, de la même façon que l'Eglise, quelle qu'elle soit, ne saurait prétendre exercer une quelconque influence sur les affaires publiques ou y jouer un rôle déterminé. Ainsi, l'absence du mot ne constitue pas un obstacle pour identifier ce qu'il désigne ou plus précisément ce que l'on a pris pour habitude de désigner. Dans le cadre constitutionnel actuel, la France est une « *République laïque, démocratique et sociale* » ainsi que l'affirme pour la première fois le texte de la Constitution de 1946, repris dans l'actuel article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958. Le régime de Vichy avait restauré l'influence du culte catholique et permis le financement public de l'enseignement privé. Par réaction, en 1946, la laïcité devient donc un principe de rang constitutionnel¹⁷. Néanmoins, l'apparition formelle de la notion de laïcité n'est pas accompagnée d'une définition de son contenu. Toutefois, le 13^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 permet d'apporter une précision sur le champ d'application du principe en matière d'enseignement public. En effet, parmi les obligations qui pèsent sur l'Etat, lequel doit l'organiser à tous les degrés, figure en bonne place et après la gratuité, la nécessaire laïcité de cet enseignement. Ainsi, le principe constitutionnel de laïcité apparaît-il, de façon générale dans la Constitution, pour caractériser la République et, de façon circonscrite dans le Préambule de 1946, pour identifier l'enseignement public.

Est-ce que la consécration constitutionnelle du mot doit conduire à reprendre systématiquement sa signification antérieure ? Autrement dit « *la laïcité constitutionnelle est-elle différente de la laïcité législative ?* » Formellement, il est possible de l'affirmer. En effet, sur le plan normatif, la première dispose d'une supériorité hiérarchique permettant le contrôle des normes inférieures y compris le contrôle de la constitutionnalité du droit communautaire dérivé depuis les décisions du Conseil constitutionnel de l'été 2004. En effet, selon le Conseil, « *la transposition en droit interne d'une directive résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la*

17 Le premier projet de constitution du 19 avril 1946, qui sera repoussé par référendum le 5 mai, prévoyait que « *la liberté de conscience et des cultes est garantie par la neutralité de l'Etat à l'égard de toutes les croyances et de tous les cultes. Elle est garantie notamment par la séparation des Eglises et de l'Etat, ainsi que par la laïcité des pouvoirs et de l'enseignement public* ».

Constitution »¹⁸. Dans deux décisions plus récentes, il a souligné avec plus de précision que « *la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* »¹⁹. Il n'en fallait pas plus pour que la doctrine en déduise que le principe de laïcité pourrait être l'un de ces fameux principes²⁰. Matériellement, en revanche, le faible nombre de décisions rendues par le Conseil constitutionnel invite à la prudence. En effet, la laïcité semble apparaître, à la fois comme un principe impliquant la neutralité religieuse de l'Etat (I) et comme un principe postulant la discrétion religieuse des individus dans leurs rapports avec les collectivités publiques (II).

I – UN PRINCIPE DE LAÏCITÉ IMPLIQUANT LA NEUTRALITÉ RELIGIEUSE DE L'ÉTAT

Dans sa jurisprudence le Conseil constitutionnel a reconnu, indirectement, que la neutralité constituait l'un des principes constitutionnels des services publics²¹. Sans que celui-ci ne l'ait précisé explicitement, il n'est pas exagéré de considérer qu'il peut s'agir, notamment, d'une neutralité religieuse. En conséquence, les services de l'Etat et ceux des collectivités locales ne sauraient véhiculer une quelconque idéologie religieuse. En revanche, étant entendu que l'Etat respecte toutes les croyances en vertu des articles 10 de la Déclaration de 1789 et de l'article 1^{er} de la Constitution, tous les individus, quelles que soient leurs idées religieuses, doivent faire l'objet d'un traitement égal devant le service public. Le principe de neutralité apparaît

18 Voir, CC, n° 2004-496 DC, du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, JO du 22 juin 2004, p. 11182. CC, n° 2004-497 DC, du 1^{er} juillet 2004, Loi relative aux communications et aux services de communication audiovisuelle, JO du 10 juillet 2004, p. 12506 ; CC, n° 2004-498 DC, du 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique, JO du 7 août 2004, p. 14077 ; CC, n° 2004-499 DC, du 29 juillet 2004, JO du 7 août 2004, p. 14087. CC, n° 2004-505 DC, du 19 novembre 2004, traité établissant une Constitution pour l'Europe, JO du 24 novembre 2004, p. 19885.

19 Voir en ce sens, CC, 27 juillet 2006, Décision n° 2006-540 DC, cons. 17 à 20, Journal officiel du 3 août 2006, p. 11541 et s. V. également, CC, 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, cons. n° 6.

20 Voir en particulier, F Chaltiel, « *Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire, la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs* », in R.E.D.C. n°68, 2006, p. 844. Voir également, le commentaire officiel de la décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, in Les cahiers du Conseil constitutionnel, n° 25, p. 8.

21 Voir CC, Décision n° 86-217 DC, du 18 septembre 1986, Recueil, p. 141, cons. 15 et CC, Décision n° 96-380 DC, du 23 juillet 1996, cons. 6, préc.

donc comme le corollaire du principe d'égalité²². Par ailleurs, les différentes confessions religieuses bénéficient de la libre communication des pensées et des opinions - "*liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est une des garanties essentielles des autres droits et libertés*"²³ - et du pluralisme de la presse et des moyens de communication audiovisuelle qui constituent un objectif de valeur constitutionnelle²⁴. Principes qui permettent de justifier, notamment, les actions positives de l'Etat en faveur de la liberté d'expression des grandes religions, en France, par le biais du secteur public de l'audiovisuel. Par exemple, "*La loi de 1986, modifiée en 1989, relative à la communication audiovisuelle, prévoit expressément (art. 56) des émissions à caractère religieux diffusées par les chaînes publiques, prises en charge par le service public et réalisées sous la responsabilité des représentants des principaux cultes. De fait, la chaîne publique France 2 diffuse le dimanche matin des émissions catholique, protestante, israélite, orthodoxe, musulmane et bouddhiste. L'expression des convictions philosophiques non religieuses - telle la libre pensée - est assurée par Radio France au titre du pluralisme des courants de pensée.*"²⁵ En d'autres termes, mais cette fois-ci en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, l'Etat peut apparaître comme "*l'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances*"²⁶. Ses différentes interventions peuvent donc s'inscrire dans le cadre d'un support financier aux activités des Eglises. Mais, si le principe de laïcité permettait à l'Etat d'assurer le financement de l'ensemble des activités des Eglises, il perdrait une grande partie de son essence même. Néanmoins, en vertu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il n'interdit pas les aides publiques apportées aux établissements d'enseignement privés. Or, comme dans la pratique, 90 % de ces établissements sont confessionnels²⁷, il n'est

22 CC, Décision n° 86-217 DC, du 18 septembre 1986, préc., cons. 15.

23 CC, Décision n° 84-181 DC, des 10 et 11 octobre 1984, Rec., p. 78.

24 CC, Décision n° 86-210 DC, du 29 juillet 1986, Rec., p. 110, cons. 20.

25 Voir en ce sens, le rapport précité de Brigitte Gaudemetbasdevant, p. 28.

26 CourEDH, Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova, Requête n° 45701/99, 13 décembre 2001, § 123.

27 En France, environ 16% des élèves sont scolarisés dans l'enseignement privé. Dans ce secteur, plus de 90% des établissements sont des écoles rattachées à l'Eglise catholique, laquelle défend à la fois la spécificité de ses établissements et la particularité de son enseignement. Il y a un certain nombre d'écoles juives, quelques écoles protestantes et quelques rares établissements privés non confessionnels.

pas exagéré de conclure que le principe de laïcité autorise, en réalité et sous conditions, le financement public des activités éducatives des Eglises (A). En revanche, une décision du Conseil permet de comprendre, implicitement au moins, qu'il censurerait le financement public direct des cultes au nom du principe constitutionnel de laïcité (B).

**A – UN PRINCIPE PERMETTANT LE FINANCEMENT PUBLIC DES ACTIVITÉS
ÉDUCATIVES DES ÉGLISES**

Tout d'abord, le Conseil constitutionnel a reconnu clairement, et à titre de principe, que l'organisation de l'enseignement public laïque, à tous les degrés, constitue un devoir de l'Etat²⁸. Une fois affirmé, sur le fondement du 13^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946, les juges constitutionnels soulignent, néanmoins qu'il n'exclut ni l'existence de l'enseignement privé ni l'aide de l'Etat à cet enseignement dans les conditions définies par la loi. Implicitement, ladite contribution ne doit pas faire disparaître le caractère propre de ces établissements.

L'aide publique doit reposer, en vertu de la jurisprudence constitutionnelle, sur des critères objectifs²⁹ - pour être conforme aux principes d'égalité et de liberté³⁰ - et rationnels³¹. Malgré la généralité des termes retenus, le Conseil souligne plus précisément, et il s'agit sans doute d'éléments objectifs d'appréciation, que l'aide financière doit dépendre de la nature et de l'importance de la contribution des établissements privés à l'accomplissement des missions d'enseignement³². En outre, le financement

28 CC, Décision n° 77-87 DC, du 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, Recueil, p. 42.

29 CC, Décision n° 93-329 DC, du 13 janvier 1994, Rec., p. 9.

30 S'agissant, en particulier, de l'aide financière apportée par les collectivités locales aux établissements privés d'enseignement, le Conseil rappelle que si le principe de libre administration des collectivités locales a valeur constitutionnelle, les dispositions que le législateur édicte ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi relative à l'exercice de la liberté de l'enseignement dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire.

31 Critère mentionné par le Conseil constitutionnel en 1999 et réitéré en 2009. Voir CC, Décision n° 99-414 DC, du 8 juillet 1999, Rec., p. 92 et CC, Décision n°2009-591 DC, du 22 octobre 2009, JO du 29 octobre 2009, p. 18307.

32 CC, Décision n°93-329 DC, du 13 janvier 1994, préc., cons. 27.

public ne doit pas aboutir à privilégier les établissements privés par rapport à ceux du public ou à avantager les établissements sous contrat simple au détriment de ceux disposant de contrat d'association avec l'Etat car pèsent sur ces derniers des charges et des obligations particulières. En effet, ils doivent, non seulement, respecter les programmes scolaires fixés par l'Etat, mais aussi assurer l'accueil des élèves sans discrimination au regard de leur croyance. Enfin, un mécanisme de dispense vis-à-vis de l'enseignement de la religion doit également être organisé au sein desdits établissements. Dans l'ensemble, les exigences ainsi mentionnées véhiculent, avec le financement public, une certaine forme de neutralité de l'enseignement privé ou encore une neutralisation de l'enseignement confessionnel.

Au titre des critères rationnels, le Conseil retient que la loi ne peut pas se contenter de fixer un plafonnement global des aides susceptibles d'être allouées. Elle doit, au contraire, déterminer les modalités d'attribution des subventions versées par l'Etat ou les collectivités locales et la fixation de leur montant. En dernier lieu, le financement public en question ne doit pas profiter directement aux propriétaires des établissements privés ou aux structures religieuses auxquelles ils sont rattachés. En ce sens, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation intéressante concernant directement le contenu des contrats passés avec ces établissements. Ainsi, en cas de cessation de l'activité d'éducation ou de résiliation du contrat, les stipulations de la convention doivent être déterminées de façon à éviter que l'organisme bénéficiaire puisse profiter d'un avantage financier injustifié ou conduisant à méconnaître les règles constitutionnelles et notamment, mais implicitement, le principe de laïcité³³. En effet, dans ce cas, il n'y aurait plus un financement public des activités éducatives des Eglises mais un financement public direct des Eglises elles-mêmes. En conclusion, l'aide publique, qu'il s'agisse d'aide à l'investissement ou au fonctionnement, apportée aux activités éducatives des Eglises est donc possible dès lors qu'elle est encadrée et que lesdites activités participent au fonctionnement du service public de l'éducation.

Ensuite, il est assez aisé de comprendre, à la lecture de la jurisprudence constitutionnelle, que le financement public des établissements privés ne doit pas conduire à faire disparaître leur caractère propre. Il y a, ici néanmoins, une conciliation difficile à opérer entre les exigences de ces établissements et

33 CC, Décision n°93-329 DC, du 13 janvier 1994, préc., cons. 33.

la liberté d'enseignement de leur personnel directement rémunéré par l'Etat. D'un côté, l'Eglise catholique qui, de fait, dirige 90 % des établissements privés, exige leur financement public au nom de la liberté de conscience et du pluralisme de l'enseignement, tout en défendant le respect du caractère propre de ses établissements et du caractère spécifique de l'enseignement catholique. De l'autre, il est important d'assurer la liberté des enseignants dans l'accomplissement de leur travail. De ce point de vue, le Conseil constitutionnel, dans ses décisions de 1977³⁴ et de 1985³⁵, a précisé que les enseignants devaient respecter un devoir de réserve vis-à-vis du caractère propre de ces établissements³⁶ y compris dans leur activité d'enseignement³⁷. Toutefois, cela ne doit pas les priver de leur liberté de conscience, érigée en principe fondamental reconnu par les lois de la République, car nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuses³⁸ et car nul ne doit être lésé dans son travail en raison de ses opinions ou de ses croyances³⁹. En conséquence, le soutien financier de l'Etat et des collectivités locales à l'enseignement privé, même s'il ne va pas de soi⁴⁰, est constitutionnel car il participe au service public de l'enseignement et car il permet l'exercice de la liberté de l'enseignement. Il devient donc difficile de la remettre en cause car lorsque le législateur a prévu une telle participation financière de l'Etat celle-ci a permis aux établissements privés d'exercer effectivement leur liberté. Sa suppression serait susceptible de porter atteinte à la liberté

34 CC, Décision n° 77-87 DC, du 23 novembre 1977, préc.

35 CC, Décision n° 84-185 DC, du 18 janvier 1985, Rec., p. 36.

36 CC, Décision n° 77-87 DC, du 23 novembre 1977, préc., cons. 6.

37 CC, Décision n° 84-185 DC, du 18 janvier 1985, préc., cons. 11 : « *Considérant qu'ainsi l'abrogation de la disposition de la loi du 25 novembre 1977 imposant aux maîtres enseignant dans les classes sous contrat d'association l'obligation de respecter le caractère propre de l'établissement n'a pas pour effet de soustraire les maîtres à cette obligation qui découle du dernier alinéa de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1959 ; qu'une telle obligation, si elle ne peut être interprétée comme permettant qu'il soit porté atteinte à la liberté de conscience des maîtres, qui a valeur constitutionnelle, impose à ces derniers d'observer dans leur enseignement (c'est nous qui soulignons) un devoir de réserve* ».

38 Voir l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

39 Voir l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946.

40 En effet, l'enseignement privé confessionnel est en mesure d'exister sans le soutien de l'Etat. Voir en ce sens, Henri Pena-Ruiz, « *Qu'est-ce que la laïcité ?* », Gallimard, 2003, p. 171. Pour l'auteur, il s'agit de privilèges indus dont jouissent encore les Eglises et qui méritent d'être supprimés.

d'enseignement en la privant de garanties légales⁴¹. Néanmoins, en pratique, la religion catholique est essentiellement concernée, ainsi que les exigences qu'elle formule et, à titre principal, la reconnaissance du droit pour les parents de choisir l'établissement dans lequel leurs enfants seront scolarisés⁴².

B – UN PRINCIPE PERMETTANT LE FINANCEMENT PUBLIC DES CULTES ?

A priori, la réserve d'interprétation formulée dans le considérant numéro 33 de la décision du 13 janvier 1994⁴³, même si elle reste circonscrite au cas d'espèce, laisse supposer que le Conseil constitutionnel serait prêt à censurer un dispositif législatif prévoyant le financement public direct des cultes⁴⁴. Se pose donc, ici, la question de la constitutionnalité du régime concordataire applicable en Alsace-Moselle en vertu de la loi du 18 germinal en X⁴⁵ et de sa conformité avec le principe de laïcité. Ce régime local prévoit effectivement la reconnaissance officielle de certains cultes⁴⁶ ainsi que leur organisation, ne serait-ce qu'en partie par l'Etat. Par exemple, le Président de la République et le gouvernement disposent d'un pouvoir de nomination ou d'approbation des autorités religieuses. Les ministres du culte font l'objet d'une rémunération publique et il existe des instituteurs congréganistes dans l'enseignement public de premier degré, ainsi qu'un enseignement religieux obligatoire.

Jusqu'à présent, ce régime local dérogatoire n'a jamais été contesté sur le terrain de sa conformité au principe constitutionnel de laïcité. Ni directement,

41 Voir en ce sens, le commentaire de la décision n° 2009-591 DC du 22 octobre 2009 dans les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 28, p. 10. En revanche, il serait exagéré de conclure, comme le commentaire précité, que *“sa suppression pure et simple conduirait à la disparition de ces établissements”*.

42 Voir à ce propos, la loi sur la parité du financement des écoles élémentaires publiques et privées sous contrat d'association déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée n°2009-591 DC du 22 octobre 2009.

43 Voir, la note n° 33.

44 Cela ne signifie pas nécessairement que l'Etat ne peut pas garantir financièrement le libre exercice des cultes. Au contraire, la loi de 1905 prévoit l'existence d'aumôneries et l'inscription aux budgets de l'Etat et des collectivités locales des crédits nécessaires pour *« assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons »*.

45 Loi du 8 avril 1802.

46 Le culte catholique et deux cultes protestants, à savoir l'Eglise de la confession d'Augsbourg d'Alsace et de Lorraine et l'Eglise réformée d'Alsace et de Lorraine. Pour le culte israélite, il faut attendre le décret impérial du 17 mars 1808.

car le Conseil constitutionnel ne pouvait pas être saisi de la loi du 8 avril 1802 déjà promulguée. Ni indirectement, par le biais de la contestation de la loi de finances de l'année laquelle mentionne un budget particulier à cet effet au profit du ministère de l'intérieur. Ni par le contrôle des lois postérieures à 1958 modifiant, complétant ou affectant le domaine d'application de la loi du 8 avril 1802. Il semble, en effet, que la jurisprudence « *Nouvelle-Calédonie* »⁴⁷ du Conseil, lui permettant de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée n'a pas été utilisée à l'occasion de l'examen d'une loi concernant la loi du 8 avril 1802. En outre, Le Conseil d'Etat a souligné que la constitutionnalisation de la laïcité n'avait pas entraîné l'abrogation implicite des lois antérieures concernant la législation locale en Alsace-Moselle⁴⁸. Ce faisant, une partie de la doctrine en a déduit, sans doute trop rapidement, la constitutionnalité du statut des cultes en Alsace-Moselle en se fondant sur l'existence d'une « *convention de la constitution, c'est-à-dire d'une pratique régulière et effective des pouvoirs publics combinée avec l'état d'indétermination de la notion de laïcité dans le texte constitutionnel* »⁴⁹.

Toutefois, la question prioritaire de constitutionnalité, issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁵⁰ ouvre vraisemblablement de nouvelles perspectives pour le contrôle a posteriori de ce statut local dérogeant au droit commun. Si le Conseil constitutionnel était saisi, il pourrait alors adopter, au moins deux attitudes⁵¹. Soit, reconnaître qu'il y a violation du principe

47 CC, Décision n°85-187 DC, du 25 janvier 1985, Rec., p. 43, cons. 10.

48 Voir CE, Syndicat national des enseignants du second degré, 6 avril 2001, préc. De façon étrange, la haute juridiction administrative a érigé le principe de laïcité en principe fondamental reconnu par les lois de la République alors que le principe bénéficie de fondements textuels plus précis comme l'article 1^{er} de la Constitution de 1958.

49 Ph. Ségur, Observations sur la notion de laïcité en droit constitutionnel, 8 juillet 2006, sous la rubrique « *théories constitutionnelles* » du site <http://droitconstitutionnel.com>.

50 Voir le nouvel article 61-1 issu de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JO du 24 juillet 2008.

51 Si le statut particulier des cultes en Alsace-Moselle était reconnu comme étant constitutionnel, il faudrait reconnaître que la laïcité constitutionnelle ne s'oppose ni à la reconnaissance des cultes ni à leur financement public. Il y aurait donc, ici, une différence fondamentale avec la loi de 1905 et avec la laïcité législative. En outre, il ne serait pas contraire à la Constitution, et au principe de laïcité qu'elle contient, d'accorder par la voie législative un financement public pour la construction de mosquées ou pour la formation des imams en Alsace-Moselle. Si, en revanche, ce même statut était déclaré inconstitutionnel, la laïcité constitutionnelle s'identifierait alors à la définition de la laïcité issue de la loi de 1905.

de laïcité et censurer ladite loi en mettant fin à ce régime particulier. Soit, estimer qu'il y a méconnaissance du principe d'égalité, car le culte musulman, par exemple, ne bénéficie pas des mêmes avantages que les autres cultes reconnus dans ces départements. Dans l'hypothèse où un tel cas se produirait, il faudra alors reconnaître les avantages, souvent contestés par la doctrine, de la jurisprudence du Conseil constitutionnel forgée à l'occasion de sa décision du 15 janvier 1975⁵². En effet, la loi du 8 avril 1802 serait bien conforme à un traité, le concordat de 1801, mais pourrait être reconnue contraire à la Constitution.

II – UN PRINCIPE DE LAÏCITÉ POSTULANT LA DISCRÉTION RELIGIEUSE DES INDIVIDUS DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES

De façon plus précise, la formule générale énoncée par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 19 novembre 2004, rappelle que le principe de laïcité « *interdit à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre les collectivités publiques et les particuliers* »⁵³. En interprétant ce considérant de principe, il est possible d'affirmer que le fait d'avoir des croyances religieuses n'est nullement prohibé. En outre, leur libre expression est tout à fait admise. En revanche, ces mêmes croyances ne sauraient être utilisées comme un prétexte permettant à ceux qui s'en prévalent de ne pas respecter les règles régissant les rapports entre les individus et les collectivités publiques et les services publics qui y sont rattachés. Cette jurisprudence est à rapprocher de celle issue de la décision sur la charte européenne des langues minoritaires et régionales dans laquelle le juge constitutionnel veille à défendre le principe d'« *unicité du peuple français* » auquel il accorde une valeur constitutionnelle. Ainsi, dans sa décision du 15 juin 1999⁵⁴, le Conseil constitutionnel a-t-il eu l'occasion de rappeler que les principes fondamentaux contenus dans l'article 1^{er} de la Constitution « *s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance* ». En conséquence, et par déduction, il ne semble pas exagéré de croire que le principe de laïcité, issu de la jurisprudence

⁵² CC, Décision n° 74-54, du 15 janvier 1975, Rec., p. 19.

⁵³ CC, Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., cons. 18.

⁵⁴ Voir, CC, Décision n° 99-412 DC, du 15 juin 1999, Rec., p. 71.

du Conseil constitutionnel, s'impose à la fois aux élèves des établissements publics d'enseignement (A) ainsi qu'à l'ensemble des individus dans leurs rapports avec les services publics (B).

**A – UN PRINCIPE S'IMPOSANT AUX ÉLÈVES DES ÉTABLISSEMENTS
PUBLICS D'ENSEIGNEMENT**

Comme chacun le sait, le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi de la loi du 15 mars 2004, interdisant, au nom du principe de laïcité, le port des signes religieux ostensibles dans les établissements publics d'enseignement à l'exception des universités. Si la crainte d'une censure permettait d'expliquer l'absence de saisine⁵⁵, il faut reconnaître que celle-ci s'est avérée non fondée par la suite. En effet, cela ne l'a pas empêché de se prononcer, de façon originale, sur sa constitutionnalité implicitement et a posteriori à l'occasion du contrôle du traité portant création d'une Constitution pour l'Europe. Il est vrai que l'article II-70 de la charte des droits fondamentaux, reconnaissant à chacun, individuellement ou collectivement, de manifester, par ses pratiques, sa conviction religieuse en public, pouvait poser des problèmes au regard du principe constitutionnel de laïcité et au regard de la loi du 15 mars 2004 précitée.

Le raisonnement du Conseil est parfaitement connu. La charte des droits fondamentaux, dans son article II-70, n'était pas contraire à la Constitution, et en particulier au principe de laïcité, car il était conforme à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg, notamment dans l'affaire Leyla Şahin contre Turquie⁵⁶. Notons, ici, que la conventionnalité de l'article permet d'en déduire sa constitutionnalité. Si ce raisonnement a été, en partie, critiqué à juste titre par les européenistes⁵⁷, il est possible de comprendre le choix du Conseil constitutionnel de la façon

55 Voir notamment, R. Libchaber, « *A la croisée des interprétations : le voile et la loi* », Revue trimestrielle de droit civil, 2004, p.162.

56 Cour EDH, Leyla Şahin c. Turquie, Requête n° 44774/98, 10 novembre 2005.

57 A juste titre car cette référence portait sur un arrêt non définitif de la Cour de Strasbourg et car il était préférable d'utiliser soit l'arrêt Kokkinakis contre Grèce soit l'arrêt Dahlab contre Suisse. Voir en ce sens, notamment F. Sudre, « *Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Réflexions critiques* », in *R.F.D.A.*, 2005, pp. 34-40 ; H. Labayle, J-L. Sauron, « *La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe* », in *R.F.D.A.*, 2005, p ; 27 et s.

suivante. Tout d'abord, il était plus facile de faire le lien entre l'arrêt Leyla Şahin et la loi du 15 mars 2004 simplement car cette affaire portait sur la reconnaissance de la conventionnalité de l'interdiction du port du voile dans les universités turques⁵⁸. Ensuite, la reconnaissance par la Cour de Strasbourg d'une marge de manœuvre des Etats pour limiter la liberté religieuse, au nom du principe de laïcité, suffisait au Conseil constitutionnel pour décerner un label de constitutionnalité, et de conventionnalité, a posteriori à la loi du 15 mars 2004 prohibant le port de signes religieux ostensibles dans les établissements publics d'enseignement. Aussi et surtout, cela a permis au Conseil constitutionnel d'éviter une révision de la Constitution car l'inconstitutionnalité de l'article II-70 aurait nécessité une réécriture de l'article 1^{er} de la Constitution française. Réforme bien difficile à réaliser sans remettre en cause le principe de laïcité. En conséquence, il est possible de reconnaître, dans cette formule générale du Conseil constitutionnel, selon laquelle le principe de laïcité interdit à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre les collectivités publiques et les particuliers, la constitutionnalité de la « *discretion* » religieuse des élèves des établissements publics d'enseignement. Mais elle ouvre, sans doute, la voie à une *discretion* religieuse plus large s'imposant aux individus dans leurs rapports avec l'ensemble des services publics.

**B – UN PRINCIPE S'IMPOSANT AUX INDIVIDUS DANS LEURS RAPPORTS AVEC
L'ENSEMBLE DES SERVICES PUBLICS?**

L'interdiction à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers signifie, vraisemblablement, que ces mêmes croyances ne sauraient être instrumentalisées pour déroger à ces mêmes règles et à celles qui gouvernent les services publics rattachés à ces collectivités. L'expression des croyances religieuses ne doit ni favoriser un traitement privilégié ni donner l'occasion de développer des discriminations dans la mesure où le service public perdrait sa neutralité. En effet, il est concevable d'appréhender une telle prohibition comme un moyen destiné à protéger les usagers contre les dérives

⁵⁸ L'affaire Kokkinakis concernait un témoin de Jéhovah (Cour EDH, Kokkinakis c. Grèce, Requête n°14307/88, 25 mai 1993) et l'affaire Dahlab, quant à elle, était relative au port du foulard islamique par une enseignante (Cour EDH, Dahlab c. Suisse, Requête n° 42393/98, 15 février 2001).

possibles de leur traitement différencié par les fonctionnaires au regard de l'expression de telle ou telle religion. Elle ne doit pas plus entraîner la mise à l'écart des règles permettant l'accès aux services publics et aux fonctions publiques. Dans ces conditions, une loi interdisant le port du voile intégral dans les services publics⁵⁹ ne semble pas présenter de contrariétés avec la Constitution. La burqa ne permet pas, en effet, d'identifier la personne qui la revêt. Or, l'identification est une condition importante qui doit être respectée dans l'accomplissement des missions de service public. Donc, le fait d'arborer ce « *symbole* » peut conduire les personnes qui le portent à s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers et, en conséquence, affecter la neutralité des services publics. Le Conseil d'Etat, dans le cadre de son activité d'étude, semble favorable à une interdiction limitée dans le cadre des services publics et ponctuellement dans les transports publics et dans les lieux dès lors que des raisons d'ordre public le justifient⁶⁰. Il préconise, en outre, des sanctions différenciées. L'une reposant sur la mise en place d'une injonction de médiation sociale pour la personne portant ledit voile et accompagnée d'une amende en cas de refus. L'autre plus sévère pour ceux qui contraignent les femmes à se voiler intégralement.

En revanche, une loi interdisant le port du voile intégral, de façon générale, dans l'ensemble de l'espace public⁶¹ présente, au-delà de la question

59 Voir les propositions formulées par la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, rapport n° 2262 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 janvier 2010.

60 V. le rapport de l'Assemblée Générale du CE, Section du rapport et des études, « *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du voile intégral* », adopté le 25 mars 2010, p. 37 et s.

61 La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public a été votée par l'Assemblée nationale le 13 juillet 2010 puis par le Sénat, le 14 septembre 2010. Elle résulte de la proposition de loi n° 2283 (« *Copé* »), enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 février 2010. Le Premier ministre, de son côté, avait indiqué qu'il voulait aller le plus loin possible sur la voie de l'interdiction du voile intégral (Voir *Le Monde* du 29 mars 2010). Le parlement, quant à lui, avait adopté, en mai 2010, une résolution affirmant que « *les pratiques radicales attentatoires à la dignité et à l'égalité entre les hommes et les femmes, parmi lesquelles le port d'un voile intégral, sont contraires aux valeurs de la République* ». Sans force juridique contraignante, cette nouvelle possibilité offerte aux parlementaires par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, avait été accompagnée d'un souhait en faveur de l'adoption d'un loi proclamant son interdiction sur l'ensemble du territoire de la République.

de son opportunité⁶², de sérieux risques d'inconstitutionnalité. Si elle peut se comprendre sur le terrain de l'égalité entre hommes et femmes et sur celui du nécessaire respect de l'identité féminine⁶³ ou encore sur celui de la sécurité et de l'ordre public⁶⁴, elle n'en reste pas moins discutable en raison de son caractère disproportionné. En outre, et même s'il est possible de discuter du rattachement du voile intégral à une obligation religieuse⁶⁵, une telle interdiction aurait nécessairement pour conséquence une intrusion injustifiée de l'Etat dans la liberté de religion et dans son expression. Ce faisant, serait-on toujours, dans cette hypothèse, dans un Etat laïque dès lors que celui-ci interdit de l'espace public⁶⁶ certains signes religieux tout en laissant les autres librement s'exprimer ? Nous serions bien loin, dans ce cas de figure, de la laïcité-neutralité. Toutefois, le Conseil constitutionnel n'en a pas jugé ainsi dans sa décision du 7 octobre 2010⁶⁷. En effet, il n'a pas considéré utile de se référer au principe de laïcité pour apprécier la constitutionnalité du texte qui, pour

62 Cette tendance à légiférer, sans véritable raison sous le coup de l'émotion et dans des périodes de pré-campagne électorale, n'échappe pas à la critique. En outre, les femmes visées par une telle réglementation sont avant tout, malgré la liberté de choix affiché par certaines, des victimes. A l'image de la législation sur le racolage passif, la tendance politique actuelle consiste donc et de façon condamnable à lutter contre les conséquences de certains phénomènes et non contre leurs sources. La prohibition du voile intégral entraînerait de fait l'interdiction, pour les femmes qui le portent, de sortir de chez elles. Enfin, il existe sur le plan légal, réglementaire et jurisprudentiel un arsenal juridique qui rend à lui seul bien inutile l'adoption d'une quelconque loi en la matière. Une étude d'impact, laquelle est rendue obligatoire par la révision constitutionnelle de 2008 pour apprécier notamment la nécessité d'une loi, suffirait à démontrer l'inutilité de légiférer en la matière. Le rapport du CE le démontre largement d'ailleurs. V. le rapport de l'Assemblée Générale du CE, préc., p. 9 à 14.

63 Le Conseil constitutionnel retiendra notamment que la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public a été justifiée par le Parlement lequel a estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité. Voir, CC, n° 2010-613 DC, du 7 octobre 2010.

64 Les juges constitutionnels ont considéré « *qu'en adoptant les dispositions déferées, le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public* », Voir, CC, n° 2010-613 DC, préc.

65 Il semblerait que le port du voile intégral trouve, en réalité, son fondement dans une tradition antérieure au coran développée en Afghanistan et donc dépourvu de sens religieux.

66 Selon l'article 2 de la loi l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public.

67 CC, n° 2010-613 DC, préc.

la première fois, lui a été soumis par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. L'attitude peut paraître curieuse dans la mesure où les juges constitutionnels semblent admettre que le fait de se voiler intégralement peut correspondre à une pratique religieuse. En ce sens, le Conseil constitutionnel a pris le soin d'émettre une réserve d'interprétation lui permettant de préciser que « *l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public* »⁶⁸. L'article 10 de la Déclaration révolutionnaire rappelle, effectivement, que nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. Néanmoins, en interprétant ainsi la loi, il n'est pas exagéré de considérer que les juges constitutionnels estiment, implicitement, que l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public peut limiter l'exercice de la liberté de religion dans la rue. Ce faisant, ils admettent que l'Etat est en mesure de réglementer les tenues vestimentaires religieuses dans l'espace public. En conséquence, la loi en question, relue par les juges de la Constitution, peut être légitimement discutée étant donné qu'elle prohibe un vêtement, considéré comme imposé par la religion par certains, tout en n'interdisant pas les autres tenues religieuses. A ce moment-là, il est possible de se demander si la discrimination en résultant n'affecte pas en profondeur la neutralité religieuse de l'Etat ou, plus spécifiquement, la cohérence du raisonnement du Conseil constitutionnel. En réalité, il est facile de comprendre que les juges de la rue Montpensier ont soigneusement apporté cette précision pour faire en sorte que la loi ne soit pas contestée au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la récente jurisprudence de la Cour de Strasbourg. En effet, il résulte de cette dernière que les personnes estimant que leur religion leur impose de se vêtir d'une manière particulière et s'étant réunis devant un lieu de culte pour participer à une cérémonie à caractère religieux ne peuvent faire l'objet d'une quelconque sanction. Le fait de les condamner pour avoir porté lesdits vêtements tombe effectivement sous le coup de l'article 9 de la Convention qui protège, entre autres, la liberté de manifester des convictions religieuses⁶⁹. La réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, ainsi dévoilée, permet aisément de comprendre que celui-ci a délibérément protégé

68 CC, n° 2010-613 DC, préc., cons. 5.

69 Voir à ce propos, CEDH, 23 février 2010, req n° 41135/98, Ahmet Arslan et a. c/ Turquie. Voir en ce sens, G. Gonzalez, « *L'inconventionnalité des sanctions pour port de tenue à caractère religieux dans les lieux publics ouverts à tous* », JCP, G, 2010, p. 952.

la loi contre son inconvencionnalité potentielle et abondé dans le sens de la volonté parlementaire. Le reste de la décision démontre parfaitement ce dernier aspect puisque les juges constitutionnels se contentent de se référer à l'intention du législateur lequel avait pour but de « *répondre à l'apparition de pratiques, jusqu' alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace public* »⁷⁰ et méconnaissant « *les exigences minimales de la vie en société* ». Si l'imprécision des objectifs législatifs⁷¹ n'a pas spécialement interpellé le Conseil, il faut sans doute reconnaître que la simple volonté du Parlement suffirait alors à justifier quasiment à elle seule n'importe quelle législation.

En conclusion, le principe de laïcité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel reste un principe difficile à étudier mais néanmoins partiellement identifiable par ce qu'il permet, l'admission du financement public de l'activité éducative « *des* » Eglises, et par les limites à la liberté d'expression de la religion dans les services publics qu'il peut justifier. Y a-t-il contradiction ? Pas nécessairement, car l'Etat peut aider certaines activités des Eglises, à conditions qu'il les aide toutes⁷² en vertu du principe d'égalité, afin de permettre l'épanouissement des différentes croyances à partir du moment où celles-ci demeurent cantonnées dans la sphère privée.

70 CC, n° 2010-613 DC, préc., cons. 4.

71 Comment peut-on définir une pratique jusqu' alors exceptionnelle ? Que sont les exigences minimales de la vie en société ?

72 Il faudrait établir alors la liste des Eglises concernées en prenant appui, par exemple, sur les religions dominantes et en excluant les sectes.

PARTIE III

Aspects européens: la laïcité consacrée

LES PERIPLES STRASBOURGEOIS DE LA LAICITE TURQUE

Par Emre ÖKTEM

Professeur Associé - Université Galatasaray

Nous commencerons cette étude par des constatations triviales : Parmi les Etats parties à la Convention européenne des droits de l’homme, la France et la Turquie sont les seuls à ériger la laïcité en principe constitutionnel. Le modèle turc de la laïcité s’inspire ostensiblement du modèle français, dans sa version issue de la III^{ème} République. La Turquie est le seul Etat majoritairement musulman parmi les membres du Conseil de l’Europe. Le principe de laïcité apparaît comme l’un des principes kémalistes les plus importants parce qu’il fait de la Turquie le seul pays musulman véritablement laïque¹.

Ces données, apparemment simples, dissimulent des contradictions et des tensions qui se traduisent souvent en litiges juridiques. Les affaires portées devant la Cour (et la Commission) européenne(s) des droits de l’homme mettent souvent à nu cette conflictualité latente. Les arrêts de la Cour sont de véritables points d’observation, offrant parfois un panorama plus large que les arrêts des juridictions internes.

¹ Marcou, Jean, “L’expérience constitutionnelle turque” in Revue de droit public et de science politique en France et à l’étranger, 1996, p. 440. Il faut également prendre en considération que la Turquie est un des rares pays musulmans qui soit une démocratie. Cf. Vinot, François, “Armée, laïcité et démocratie en Turquie”, in Cahiers d’études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien, No. 27, janvier-juin 1999, p. 71.

Nous essaierons d'analyser ce contentieux à partir des sujets majeurs qui sont portés à Strasbourg, avant de nous livrer à des conjectures sur des affaires potentielles et à une observation générale

1. SIGNES DISTINCTIFS RELIGIEUX, EN PARTICULIER LE FOULARD ISLAMIQUE

Une des toutes premières affaires turques concernant la laïcité est relative à une question qui ne perd jamais son actualité en Turquie, le foulard islamique. La requérante, Şenay Karaduman, ayant terminé ses études universitaires à la faculté de pharmacie d'Ankara, se voit refuser son diplôme parce qu'elle refuse de fournir une photo sans foulard. Mlle Karaduman saisit le tribunal administratif, dont elle attaque le jugement devant le Conseil de l'Etat. Finalement, elle présente un recours individuel à la Commission européenne des droits de l'homme, dans lequel elle allègue la violation de l'article 9 de la Convention. Le Gouvernement soutient que le refus dont se plaint la requérante ne constitue pas une ingérence dans sa liberté de religion parce qu'elle ne l'empêche pas de pratiquer sa religion. En outre, l'obligation du respect de la laïcité imposée aux étudiants de l'université doit être considérée comme étant conforme aux restrictions prévues au paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention. La Cour constitutionnelle turque, par arrêt du 7 mars 1989, a déclaré inconstitutionnelle une disposition légale permettant le port du foulard dans les établissements d'enseignement supérieur au motif que cette disposition était contraire au principe de la laïcité. D'après la Cour constitutionnelle, le port du foulard islamique pouvait conduire à prétendre que les femmes qui n'en portent pas sont des athées, et ainsi faire naître des conflits dans la société. Quant à la requérante, elle soutient que l'acte de se couvrir la tête par un foulard fait partie des rites et des pratiques prévues par la religion et n'enfreint pas la laïcité de l'Etat.

D'après la Commission, les règles applicables aux photos d'identité font partie des règles établies dans le but de préserver la nature "républicaine", donc "laïque" de l'université, ainsi que l'ont constaté les juridictions nationales. En choisissant de faire des études supérieures dans une université laïque, un étudiant se soumet à cette réglementation qui peut soumettre la liberté des étudiants de manifester leur religion à des limitations de lieu et de forme destinées à assurer la mixité des étudiants de croyances diverses. Notamment, dans les pays où la grande majorité de la population adhère à une religion précise, la manifestation des rites et des symboles de cette

religion, sans restriction de lieu et de forme, peut constituer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas ladite religion ou ceux qui adhèrent à une autre religion². Les universités laïques, lorsqu'elles établissent des règles disciplinaires concernant la tenue vestimentaire des étudiants, peuvent veiller à ce que certains courants fondamentalistes religieux ne troublent pas l'ordre public dans l'enseignement supérieur et ne portent pas atteinte aux croyances d'autrui. La Commission prend en compte les observations de la Cour constitutionnelle sur le foulard islamique et se réfère à deux de ses propres décisions. D'autre part, le diplôme a pour but d'attester les capacités professionnels d'un étudiant et ne constitue pas un document destiné au grand public mais a pour fonction d'assurer l'identification de l'intéressé et ne peut être utilisé pour manifester des convictions religieuses. La Commission relève en outre que la requérante ne fait aucunement observer avoir été obligée, lors de ses études, de respecter, contre sa volonté, le règlement concernant la tenue vestimentaire. Finalement, la Commission ne relève aucune ingérence dans le droit garanti par l'article 9§1 de la Convention et trouve que l'allégation de violation de cet article est manifestement mal fondée au sens de l'article 27 de la Convention³.

On est ici face à un conflit entre deux ordres normatifs. Il y a interférence du spirituel et du temporel. Une société laïque et démocratique impose à ses membres un certain nombre d'obligations auxquelles ils ne peuvent pas se soustraire du seul fait de leurs convictions religieuses. L'observation des règles religieuses en dépit des règles juridiques est incompatible, impossible à concilier avec une conception positiviste du droit⁴.

2 Un lecture comparée de l'arrêt *Otto Preminger Institut de la Cour européenne des droits de l'homme*, relative à un film interdit pour blasphème contre la religion catholique, révèle des contradictions dans la jurisprudence strasbourgeoise: "La Cour ne peut négliger le fait que la religion catholique romaine est celle de l'immense majorité des Tyroliens. En saisissant le film, les autorités autrichiennes ont agi pour protéger la paix religieuse dans cette région et pour empêcher que certains se sentent attaqués dans leur sentiments religieux de manière injustifiée et offensante » cf. *Otto Preminger Institut c/ Autriche*, 11/1993/406/485, le 20 septembre 1994, § 56.

3 *Senay Karaduman c/Turquie*, 3.5.1993, DR 74, p. 93-102.

4 Cf. Jorion, Benoit, "Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la famille et d'exercice public du culte" in *Les petites affiches*, 10 août 1994, No. 95, p. 54-55.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle turque auquel se réfère, la Commission est relative à l'annulation de la loi no. 3511 du 10 décembre 1988 qui ajoute des articles additionnels à la loi No. 2547 sur l'enseignement supérieur. (*Yüksek Öğretim Kanunu*) L'article additionnel permettait, dans les institutions d'enseignement supérieur, de couvrir le cou et les cheveux avec une écharpe ou foulard, en raison de croyances religieuses. L'arrêt en question considère que le port du foulard est contraire aux exigences de "la libre pensée" et de "la raison et de la science" parce qu'il "constitue une manifestation de la religion dans la vie individuelle". D'après la Cour, "la détermination de vêtements par des exigences religieuses est incompatible avec le principe de laïcité et peut causer des clivages en provoquant des divisions sociales en fonction des croyances, notamment parmi les jeunes, et peut, en conséquence, porter atteinte à l'intégrité de l'Etat et de la nation ainsi qu'à l'ordre et à la sécurité publiques." L'habillement ne constitue pas une simple question d'image extérieure. Les vêtements de caractère religieux sont contraires au principe de laïcité."⁵ Il existe toute une série de décisions du Conseil d'Etat Turc (*Danıştay*) qui trouvent le port du foulard contraire au principe de la laïcité.⁶

Dans l'arrêt **Şahin** relatif aux sanctions disciplinaires infligées à une étudiante en médecine pour avoir porté le foulard islamique, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas dévié de sa jurisprudence en matière de signes religieux et a réitéré les *dicta* de ses arrêts Refah et Dahlab⁷, ainsi que de la décision Karaduman de la Commission. En outre, la Cour a donné une analyse comparée des législations européennes en ce qui concerne le foulard islamique. Celles-ci adoptent des positions très variées sur le degré de tolérance vis-à-vis les signes religieux (§53-57) et "les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge

5 Arrêt du 7 mars 1989, Recueil des arrêts de la Cour Constitutionnelle, tome 25, p. 149, 151, 153-155. Cet arrêt est généralement appelé l'arrêt du "turban" car c'est sous le vocable qu'y est désigné le foulard islamique. L'ironie du sort a voulu que, ce mot d'origine persane qui est passé en français à travers le turc, soit réimporté du français en turc!

6 Cf. Alperen, Vakur, "Başörtüsü Yasağı'nın Hukuki Açından İncelenmesi, (Etude juridique de l'interdiction du port du foulard) Ed. İnsan Hakları ve Hürriyetleri Vakfı, Istanbul, 1998, p. 15-16.

7 Il s'agissait d'une affaire déclarée irrecevable, relative à l'interdiction de porter le foulard islamique pendant les cours pour une institutrice suisse convertie à l'Islam. Cf. Dahlab. C. Suisse, 42393/98, 15 février 2001.

international pour se prononcer sur les besoins et contextes sociaux... Lorsque des questions sur les rapports entre l'Etat et les religions se trouvent en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national...il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu: les droits et libertés d'autrui, la paix civile, les impératifs de l'ordre public et le pluralisme...la réglementation en la matière varie d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et... les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à la protection des droits d'autrui et à l'ordre public" (§100-102) Après avoir souligné que "l'ingérence litigieuse était fondée sur deux principes, la laïcité et l'égalité, qui se renforcent et se complètent mutuellement", (§ 104) la Cour adopte un langage réconciliateur et considère la Turquie comme un pays "où la majorité de la population, manifestant un attachement profond aux droits des femmes et à un mode de vie laïque, adhère à la religion musulmane"(§108) La Cour observe également qu "il n'est pas contesté que dans les universités turques, les étudiants musulmans pratiquants, dans les limites apportées par les exigences de l'enseignement public, peuvent s'acquitter des obligations qui constituent les formes habituelles par lesquelles un musulman pratique sa religion" (§111) et conclut que la réglementation de l'université d'Istanbul qui soumet le port du foulard islamique à des restrictions et les mesures d'application étaient justifiées dans leur principes et proportionnées aux buts poursuivis et pouvaient donc être considérées comme nécessaires dans une société démocratique. (§114)⁸

L'arrêt attire l'attention par l'approche un peu simpliste et le style hâté de la partie consacrée au contexte historique dont la rigueur scientifique laisse à désirer⁹... Selon la Cour : « A l'époque de l'empire ottoman, tant le pouvoir central que des groupements religieux imposaient aux individus le port d'une tenue spécifique en fonction de leur appartenance religieuse. Les réformes de la République portant sur la tenue vestimentaire s'inspiraient de l'évolution de la société au cours du XIXe siècle et visaient avant tout à créer un espace public libre où l'égalité était assurée à tous les citoyens sans distinction de

⁸ Leyla Sahin c/ Turquie, 44774/98, 8 juin 2004.

⁹ Cf. Bottoni, Rossella, « The Origins of Secularism in Turkey » in *Ecclesiastical Law Journal*, 9/2007, p. 177: "...some of the arguments grounding the restrictions of the applicant's freedom of religion are examples of an accurate historical reconstruction of Turkey's past...."

religion ou de confession¹⁰. » Un tel texte laisserait croire à un profane de l'histoire ottomane qu'avant la proclamation de la République, chaque groupe religieux portait une tenue bien spécifique qui permettait de l'identifier et que le nouveau régime laïc adopta l'égalitarisme vestimentaire. La première affirmation de la Cour aurait été exacte si elle avait décrit la situation d'avant les réformes du « Tanzimat » (1839) où des restrictions vestimentaires (étoffes grossières et sombres) et architecturales (interdiction de bâtir des églises à coupes) étaient imposées aux non Musulmans. Et encore, ces restrictions étaient bien souvent contournées par d'habiles subterfuges, ou tout simplement ignorées. A partir de l'ère des réformes, les différences d'habillement permettent d'identifier, non pas des groupes religieux, mais tout simplement des classes sociales ou l'origine géographique. Il est pratiquement impossible de deviner la religion des personnes dans une photographie prise à la veille de la République. Pour compliquer encore ce problème, les femmes musulmanes les plus pieuses portaient (et portent encore !) une robe noire parfaitement identique à celle des nonnes orthodoxes. Bref, la vision historique de la Cour est imprégnée d'anachronisme et de malentendus. Les préjugés historiques de la Cour présentent une continuité avec l'arrêt Refah où la nature théocratique de l'Empire ottoman est admise.¹¹ Or, la plupart des historiens et des politologues contemporains contesteraient vivement cette opinion¹² que la Cour considère comme une donnée indiscutable.

Ce n'est pas la première fois que la Cour européenne des droits de l'homme se lance dans des analyses maladroites de l'histoire ottomane sur des sujets touchant à la religion. Dans l'affaire **Kokkinakis c. Grèce**¹³ la Cour mentionne l'Eglise Orthodoxe comme le « symbole du maintien de la langue et de la culture grecques pendant près de quatre siècles d'occupation étrangère ». Dans l'arrêt **Les Saints Monastères c. Grèce** la Cour précise que les biens ecclésiastiques se sont particulièrement développés aux XVIIe et XVIIIe siècles¹⁴. L'histoire administrative ottomane indique que cette Eglise

10 Leyla Sahin c/ Turquie, 44774/98, 8 juin 2004, § 29.

11 Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 31 juillet 2001, §58.

12 Cf. les auteurs cités par Denli, Özlem, « Freedom of religion : Secularist Policies and Islamic Challenges » in Human Rights in Turkey, Edited by Zehra F. Kabasakal Arat, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007, p. 88-89.

13 **Kokkinakis c. Grèce** (Requête n°14307/8825 mai 1993, § 14.

14 **Les Saints Monastères C. Grèce** (Requête n°13092/87; 13984/88, 09 décembre 1994 § 20.

s'était parfaitement intégrée aux rouages de l'appareil étatique¹⁵. On peut donc légitimement s'interroger sur ce que la Cour entend par « occupation étrangère ».

L'arrêt **Şahin** a donné lieu à bien des commentaires, aussi bien sociopolitiques que juridiques. Une lecture conjointe de l'arrêt avec la récente réforme constitutionnelle qui prévoit qu'en cas de conflit entre lois internes et conventions internationales relatives aux droits de l'homme ces dernières auront la suprématie¹⁶, peut faire conclure que la Turquie se trouve désormais dans l'obligation de bannir le foulard. Selon Teziç, professeur de droit constitutionnel, le Parlement ne dispose plus de la liberté d'adopter une législation qui donnerait la liberté de porter le foulard¹⁷.

Türmen, le juge turc qui vota pour l'arrêt Şahin, n'est pas de cet avis : « La Cour a estimé que les motifs d'interdiction avancé par la Turquie n'étaient pas contraires à la Convention. L'arrêt ne signifie pas que la levée de l'interdiction serait contraire à la Convention¹⁸. En effet, « la Cour n'a jamais conféré de blanc-seing à toute mesure d'interdiction du voile à l'école »¹⁹. L'arrêt Şahin a approuvé une interdiction, il n'a pas interdit une liberté. Conclure au contraire méconnaîtrait "le rôle subsidiaire du mécanisme de la Convention" (cf. §100 de l'arrêt) et proviendrait sans doute d'une lecture partielle et négligée de l'arrêt, qui analyse les divers systèmes européens jouissant tous de la marge

Comparer avec : Alexandris, Alexandros, *The Greek Minority of Istanbul and Greek-Turkish Relations 1918-1974*, Centre for Asia Minor Studies, Athens, 1992, p. 24 : (à propos de la période suivant le traité de Karlowitz/1699) « ...because of its vast wealth, key ecclesiastical positions offered an abundance of lucrative possibilities... »

- 15 Cf. Ktistakis, Dimitri, *L'Empire Ottoman*, PUF, 1985, p. 69: "Le patriarche oecuménique réunissait ainsi, entre ses mains, le pouvoir religieux et politique des empereurs byzantins dont il adoptait les insignes –l'aigle bicéphale- (...) Il était le « chef de la race éminente des Romains » et il possédait *kyriarhian* (souveraineté) et *dikaiodosian* (juridiction) sur tous les orthodoxes de l'Empire et les immenses propriété de l'Eglise. »
- 16 Cf. Öktem, Emre, "Les rapports énigmatiques entre le droit international et le droit interne turc" in *Revue européenne de droit public* » in *Revue européenne de droit public*, vol 18-No. 3, automne 2006, pp. 947 et ss.
- 17 « Teziç : AİHM'nin kararı bağlayıcıdır » in *Radikal*, 2 juillet 2004.
- 18 « AİHM kararı başörtüsü yasağını kaldırmaya engel değil » in *Zaman*, 11 novembre 2005. (à propos de l'arrêt de la Grande Chambre)
- 19 Bribosia, Emmanuelle & Rorive, Isabelle, "Le voile à l'école: Une Europe divisée" in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 60/2004, p. 983.

d'appréciation. Tout comme « la Convention européenne n'impose nullement l'adoption d'une loi »²⁰, la Cour ne peut imposer une interdiction.

S'agissant du droit comparé, il faut prendre en compte que dans la grande majorité des Etats du Conseil d'Europe, l'univers universitaire ne connaît guère de réglementation des signes religieux²¹. Et si réglementation il y a, elle opte pour la liberté des étudiantes majeures pour qui le libre choix doit prévaloir²².

La majorité de la Cour a été fustigée par le juge Tulkens pour avoir adopté les thèses du Gouvernement sans y apporter des critiques. Alors que le contrôle européen devrait toujours accompagner la marge d'appréciation, dans l'affaire Şahin ce contrôle paraît absent²³. En effet, il semble que la Cour ait accordé au concept de la marge d'appréciation une importance spéciale dans le cas d'espèce²⁴. Suivant l'ornière de l'arrêt Refah, la Cour réitère que « dans un pays comme la Turquie, où la grande majorité de la population adhère à une religion précise, des mesures prises dans l'Université en vue d'empêcher certains mouvements fondamentalistes religieux d'exercer une pression sur les étudiantes qui ne pratiquent pas la religion en cause ou sur ceux adhérant à une autre religion peuvent être justifiées au regard de l'article 9 §2 de la Convention. Dans ce contexte, les universités laïques peuvent réglementer la manifestation des rites et des symboles de cette religion, en apportant des restrictions de lieu et de forme, dans le but d'assurer la mixité des étudiants de croyances diverses et de protéger ainsi l'ordre public et les croyances d'autrui.²⁵ »

20 Flauss, Jean-François, « Laïcité et Convention européenne des droits de l'homme » in *Revue de droit public*, 2/2004, p. 322.

21 Burgorgue-Larsen, Laurence & Dubout, Edouard, « Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005 » in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 66/2006, p. 193.

22 Bribosia & Rorive, *Le voile à l'école: Une Europe divisée*, p. 964. Pour le panorama des législations européennes sur « l'affichage » et le « port » des signes religieux, cf. op. cit. pp. 965 et ss.

23 Opinion dissidente, § 3.

24 Bennoune, Karima, "Secularism and Human Rights: A Contextual Analysis of Headscarves, Religious Expression, and Women's Equality Under International Law" in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 45, 2007, no. 2, p. 381. (cf. particulièrement le § 101 de l'arrêt)

25 § 99.

D'après le Human Rights Watch, (HRW), ONG d'origine américaine, l'arrêt reflète le manque d'empathie de la Cour envers le croyant. Elle critiqua vivement l'argument avancé par le Gouvernement et adopté par la Cour selon lequel le port du foulard constituerait un moyen de pression sur les étudiantes qui ne le portaient pas. Selon le HRW, le foulard était officieusement toléré dans les universités au moment des faits sans constituer de problème. Une fois la présomption de pression admise, l'interdiction risque de s'étendre au reste de la société. Le HRW estima que l'interdiction constituait une mesure discriminatoire contre les femmes d'une certaine conviction religieuse et était contraire au principe de pluralisme. Il souligna la contradiction entre l'approche laïciste des juridictions turques et l'existence de la Présidence des affaires religieuses disposant de "pouvoirs excessifs". Contrairement à certains commentaires, le HRW refusa de qualifier l'approche de la Cour d'islamophobe mais observa que l'arrêt n'expliquait pas clairement et de manière convaincante la raison pour laquelle l'interdiction était nécessaire pour la protection des libertés d'autrui, reflétant typiquement le conservatisme de la Cour sur l'article 9, notamment dans les affaires turques. Selon le HRW, la Cour conclut que le principe abstrait de la laïcité doit avoir la priorité sur les droits, l'avenir et le bien-être d'un individu²⁶.

Par cette marge d'appréciation particulièrement importante qu'elle reconnaît aux autorités étatiques, la Cour s'impose une auto limitation qui réduit son rôle à un contrôle de proportionnalité²⁷. Mais le test de la proportionnalité tourne inéluctablement à l'avantage de la laïcité. «En tranchant en faveur de l'impératif laïc, la Cour européenne des droits de l'homme infléchit dans un sens nettement restrictif sa jurisprudence antérieure.²⁸»

Il est vrai que l'arrêt Şahin s'inscrit dans la logique de la jurisprudence antérieure²⁹. Dans l'affaire Şenay **Karaduman** contre la **Turquie** (No 16278/90, 3 mai 1993) La Commission européenne des droits de l'homme avait estimé que « le fait de réglementer la tenue vestimentaire des étudiants ainsi que celui de leur refuser les services de l'administration, tels la délivrance

26 <http://www.hrw.org/en/news/2004/06/30/certain-lack-empathy>

27 Bribosia & Rorive, "Le voile à l'école: Une Europe divisée, p. 958.

28 Burgorgue-Larsen, & Dubout, Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005, p. 202, 203.

29 Gonzalez, Gérard, Observations sur l'arrêt Leyla Şahin c/ Turquie, in Revue de droit public, 2005/3, p. 789.

d'un diplôme, aussi longtemps qu'ils ne se conforment pas à ce règlement, ne constitue pas en tant que tel une ingérence dans la liberté? de religion et de conscience. » Cependant, la même décision précisait que la requérante ne faisait « aucunement observer avoir été obligée, lors de ses études à l'université?, de respecter, contre sa volonté?, le règlement concernant la tenue vestimentaire. » Il semblait que la Commission distinguait le refus de délivrer un diplôme à une étudiante qui avait présenté une photographie en voile, et l'interdiction de porter le voile à l'université. Tout en refusant de reconnaître l'existence d'une ingérence, la Commission approuvait bel et bien une mesure qui limitait la liberté de manifester sa religion pour les buts légitimes énumérés l'art. 9§2. On peut avancer qu'il s'agissait surtout de la protection de la santé publique et des droits d'autrui, puisque l'étudiante était une pharmacienne et que les patients ont bien le droit d'identifier, sur le diplôme accrochée au mur de la pharmacie, la personne qui administre les médicaments dont dépend leur santé. La distinction implicite ainsi opérée par la Commission mettait la Cour dans l'embarras puisque dans le cas Şahin, il n'était pas question de diplôme mais tout simplement de l'existence de la requérante en voile dans l'enceinte universitaire.

La durée excessivement longue de la procédure (une juridiction interne aurait pu être condamnée pour violation de l'article 6) donne l'impression que la Cour se trouvait en difficulté de trouver une solution et espérait la descente d'un *Deus ex machina* sur la scène judiciaire. Celui-ci semble littéralement tomber du ciel sous formes d'avions transformés en missiles le 11 septembre 2001³⁰.

Le primat est ainsi accordé à la laïcité aux dépens non seulement de la liberté de manifester sa religion mais aussi du droit à l'instruction et à la non-discrimination³¹. Devant ce primat du principe de laïcité, la liberté de

30 Comme une ironie du sort, le climat du post-11 septembre servit également à justifier l'interdiction pour les femmes de porter des signes distinctifs sous prétexte de les protéger contre l'hostilité de la majorité envers les Musulmans dans le monde occidental. Cf. **Chinkin, Christine**, « Women's Human Rights and Religion : How Do They Co-Exist ? » in *Religion, Human Rights and International Law*, Edited by Javaid Rehman and Susan C. Breau, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007, p. 71.

31 Burgorgue-Larsen, & Dubout, , *Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, p. 186.

manifester sa religion est négligée, voire ignorée par la Cour³². Quant au droit à l'instruction, il n'entre en jeu que dans le renvoi devant la Grande Chambre et subit le sort du droit à la liberté de manifester sa religion. Le résultat en est que la requérante se trouve de facto privée d'une possibilité d'accès à l'enseignement supérieur de la médecine en Turquie. Elle se trouve désormais devant le dilemme entre le renoncement au port du foulard ou à son droit à l'instruction. Alors que la Cour se réfère au principe de l'égalité pour justifier sa conclusion, l'arrêt conduit à une « discrimination indirecte » de nature religieuse dans la mesure où la règlementation litigieuse défavorise les membres d'une religion par rapport à d'autres.³³

Le paragraphe 108 est fort intéressant du point de vue socio politique : « ... dans un pays où la majorité de la population, manifestant un attachement profond aux droits des femmes et à un mode de vie laïque, adhère à la religion musulmane » une limitation au droit de porter le foulard peut donc passer pour répondre à un besoin social impérieux tendant à atteindre ces deux buts légitimes. » On a l'impression que la Cour partage non seulement les arguments des autorités concernant l'interdiction du voile, mais également l'entreprise d'« engineering » social qui s'est forgée au fil de l'histoire républicaine, en parallèle à l'évolution de la philosophie politique de l'establishment. Dans ce raisonnement, la majorité de la population turque serait un tissu homogène, dont tous les membres sont de pieux musulmans, soucieux de protéger la laïcité et les droits des femmes. Un regard attentif (ou même superficiel !) nous révélerait que la société turque contemporaine échappe à des analyses aussi simplistes. Si aucun mouvement social ou politique ne remet en cause le principe de la laïcité, chacun le conçoit différemment. Sans jamais attaquer de front les valeurs religieuses, les milieux laïcistes sont peu soucieux des libertés religieuses. Quant aux milieux islamistes, il est vrai qu'ils sont très attachés au discours des droits des femmes, entre autres... du droit de porter le voile. L'amalgame dont parle la Cour relève d'un souhait, pas d'un constat. Elle dit en fait ce qui doit être, et non pas ce qui est, elle cherche à donner une orientation.

La Cour part d'une présomption : Le port du foulard constituerait un moyen de pression sur les étudiantes qui ne le portent pas. Serait-elle tombée

32 Bribosia, & Rorive, *Le voile à l'école: Une Europe divisée*, p. 960.

33 Burgorgue-Larsen, & Dubout, *Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005*, p. 206-207.

dans le piège qui consiste à souscrire à une équation dangereuse: Port du voile = fondamentalisme. Elle aurait pu se demander si, *in concreto*, le port du voile par la requérante était la marque d'un prosélytisme fondamentaliste³⁴. C'est en vain que la requérante soutient que le port du voile "n'a pas de caractère ostentatoire ou revendicatif et ne constitue pas un acte de pression, de provocation ou de prosélytisme" et rien d'indique que cela ait causé un dérangement, une perturbation ou une menace à l'ordre public"³⁵ La Cour écarte l'argument fondé sur la tolérance des autorités dans certaines universités à l'égard des étudiantes voilées. Mais cette tolérance n'indique-t-elle pas également que le port du voile n'a engendré aucun trouble pour l'ordre ou de nuisance pour les droits et les libertés d'autrui ?³⁶ Selon le juge dissident Tulkens, « il est essentiel de distinguer les personnes qui portent le foulard et les extrémistes qui veulent l'imposer, comme d'autres signes religieux ».

En effet, le raisonnement de la Cour amène à conclure que toute étudiante voilée porte le voile comme un instrument de pression à l'égard de celles qui ne portent pas. Le voile devient donc l'instrument collectif d'un groupe solidaire, avec un but bien connu. Mais est-il exclu qu'une étudiante puisse porter le voile pour des raisons purement religieuses ? Autrement dit, toutes les étudiantes voilées partagent un agenda secret, un programme politique bien défini ? *Quod erat demonstrandum...* Une telle organisation relèverait de la criminalité et l'Etat est en mesure, voire dans l'obligation, de la réprimer en vertu de sa législation pénale. Si l'organisation en cause existe, les autorités doivent alors engager des poursuites et non pas se contenter de supprimer les instruments du crime. Si l'existence de l'organisation ou l'affiliation des étudiantes voilées ne sont pas prouvées, l'interdiction du voile repose sur une présomption de culpabilité, en violation flagrante de l'article 6 §2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ou alors, imaginons que le port du voile constitue une forme de pression, qui toutefois n'atteint pas la gravité d'une infraction et n'est pas lié à une organisation criminelle. Cet acte constituerait alors une perturbation dans le milieu universitaire. Il incombe aux autorités universitaires, de remédier au problème par des mesures administratives, notamment par des sanctions disciplinaires. C'est bien la

34 Burgorgue-Larsen & Dubout, Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005, p.200.

35 § 85-86.

36 Bribosia, & Rorive, Le voile à l'école: Une Europe divisée, p. 961.

responsabilité des pouvoirs publics de contrôler toute forme de fanatisme, y compris l'intégrisme religieux³⁷. Interdire le voile au lieu de régler le problème de fond, c'est à dire la tension parmi les étudiants, est comparable à supprimer les symptômes d'une maladie au lieu de la guérir. S'il y a vraiment une telle tension et un tel risque de pression, elles continueront d'exister sous d'autres formes, malgré l'interdiction du voile. Si la présomption de pression est valide dans l'univers universitaire, elle le sera dans tous les espaces publics, où un nombre considérable de femmes portent le voile : usines, ateliers, champs...³⁸. Il faudra dès lors penser à une interdiction totale. Du reste, la pression supposée n'est nullement démontrée dans le cas d'espèce: il aurait suffi de produire des actes de poursuites disciplinaires, des pétitions d'étudiantes non voilées gênées par la pression ect... Admettons que certaines, voire la majorité des étudiantes portent le foulard pour des raisons politiques. Mais si quelques unes le portent uniquement au nom de leur foi personnelle, elles se trouvent pénalisées à cause de leurs camarades de classe qui le portent pour des raisons politiques et leur liberté personnelle est sacrifiée à la l'ordre public troublé par d'autres. Refuser l'hypothèse que le foulard puisse être porté pour des raisons purement religieuses équivaudrait à assimiler *a priori* la pratique d'une religion donnée à un acte politique illégal.

La Cour se garde bien de qualifier la manifestation en question : Le port du voile est-il une pratique ou un rite ? Le calibrage du contrôle de proportionnalité dépendrait de la qualification retenue³⁹.

La Cour s'interroge sur « l'effet de prosélytisme que peut avoir le port d'un tel symbole dès lors qu'il lui sembl(e) être imposé aux femmes par un précepte religieux difficilement réconciliable avec le principe de l'égalité des sexes. »⁴⁰ Dans son opinion dissidente, le juge Tulkens affirme qu'il n'appartient pas à la Cour de porter une telle appréciation, en l'occurrence unilatérale et négative, sur une religion et une pratique religieuse, tout comme il ne lui appartient pas d'interpréter, de manière générale et abstraite, le sens

37 Ventura, Marco, *La laicità dell'Europa. Diritti, mercato, religione*, G. Giapicchelli Editore, Torino, 2001, p. 255.

38 Cf. *mutatis mutandis* : Bribosia, Emmanuelle & Rorive, Isabelle, "Le voile à l'école: Une Europe divisée" in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 60/2004, p. 962.

39 Gonzalez, Gérard, *Observations sur l'arrêt Leyla Şahin c/ Turquie*, in *Revue de droit public*, 2005/3, p. 790.

40 *Leyla Şahin c. Turquie*, (Grande Chambre) 10 Novembre 2005, § 111.

du port du foulard ni d'imposer son point de vue à la requérante. » En effet, il semblerait que la Cour ne se voit pas liée par l'obligation de neutralité imposée aux Etats au regard des religions⁴¹. « Le droit de liberté de religion tel que l'entend la Convention exclut toute appréciation de la part de l'Etat sur la légitimité des croyances religieuses ou sur la modalité d'expression de celles-ci ». ⁴². Ne faut-il pas craindre que la Cour inaugure « le contrôle de conventionnalité des principes religieux » ⁴³ et qu'elle risque de stigmatiser une religion à travers l'une de ses pratiques⁴⁴ dans ce climat d'islamophobie prévalant depuis les attentats du 11 septembre ?⁴⁵

L'affaire Şahin présente bien des similitudes avec l'affaire Dahlab, mais aussi bien des différences. Dahlab est une enseignante dont le foulard islamique peut produire, estime la Cour, « un effet prosélytique » sur ses élèves. Şahin est une étudiante adulte, libre et consciente de ses actes. La liberté de cette jeune adulte qui ne se trouve pas dans la position d'une personne transmettant un savoir et pouvant influencer les tiers n'est même pas évoquée par la Cour⁴⁶.

Dans l'affaire Şefika Köse et 93 autres requérants contre la Turquie, il s'agissait d'élèves des lycées « İmam-Hatip » (établissements publics d'enseignement secondaire à vocation religieuse) dont l'accès à l'enceinte

41 Burgorgue-Larsen, & Dubout, Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005, p. 195.

42 Manoussakis et autres c. Grèce, 59/1995/565/651, 26 septembre 1996, § 47-53. Voir aussi : Serif c. Grèce, 38178/97, 14 décembre 1999, § 51, 52 ; Hassan et Tchaouch c. Bulgarie 30985/96, 26 octobre 2000, § 62 ; Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldavie, 45701/99, 13 décembre 2001, § 117.

43 Flauss, Jean-François, « Laïcité et Convention européenne des droits de l'homme » in *Revue de droit public*, 2/2004, p. 319.

44 Burgorgue-Larsen, & Dubout, Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005, p. 199.

45 Bribosia, & Rorive, *Le voile à l'école: Une Europe divisée*, p. 982. cf. Rehman, Javaid & Breau, Susan, « Introductory Reflexions » in *Religion, Human Rights and International Law*, Edited by Javaid Rehman and Susan C. Breau, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007, p. 6: "...the events of 11 September 2001 have brought Muslim States and Islamic communities under global spotlight. Islam is an aggressive and unforgiving faith that encourages recourse to violence and terrorism. (...) Muslim communities in the United States and Europe are increasingly targeted and harassed."

46 Bribosia, & Rorive, *Le voile à l'école: Une Europe divisée*, p. 962 ; Burgorgue-Larsen, & Dubout, Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005, p.

de leurs écoles leur était dénié à partir d'une certaine date, en raison de leur voile, à savoir le 26 février 2002. A compter de cette date, toutes celles qui se rendirent à l'école furent accueillies par les conseillers psychologiques auprès de leur établissement, qui tentèrent de justifier les règles en question. Ces mesures se fondaient sur une directive du 12 février 2002 émanant de la préfecture d'Istanbul et adressée aux directions chargées de l'Education nationale. L'inobservation des règles relatives à la tenue vestimentaire était désormais qualifiée d'acte collectif dirigé contre les principes fondamentaux de la République, passible de sanctions disciplinaires. De nombreux rassemblements et manifestations furent organisés devant les lycées « İmam-Hatip) dont les directeurs assistés des forces de l'ordre, ont empêché les élèves voilées d'accéder à leurs écoles. Ces manifestations donnèrent lieu à des détentions et des arrestations, ainsi qu'à des recours administratifs et judiciaires. Le 11 avril 2002, une commission parlementaire chargée d'examiner les événements survenus en mars 2002 dans les lycées İmam-Hatip à Istanbul adopta un avis. En particulier, elle constata que le comportement des forces de l'ordre, qui avaient éloigné certaines élèves par la force, avait créé un trouble social ; par conséquent, elle conseilla de ne plus employer la force. Elle releva également qu'à l'origine des événements se trouvait la réglementation sur la tenue vestimentaire, et que les responsables en étaient l'Assemblée nationale et le pouvoir exécutif. Ayant saisi la Cour européenne des droits de l'homme, les requérants soutinrent que la réglementation interdisant le port du foulard islamique dans les lycées İmam-Hatip et les mesures y afférentes constituaient une violation des articles 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 et 14 de la Convention, ainsi que des articles 1 et 2 du Protocole n° 1. Selon eux, ils ne sont pas tenus d'épuiser les voies de recours internes étant donné que celles-ci sont inefficaces eu égard à la jurisprudence constante des tribunaux internes en la matière.

La Cour releva que les requérants n'ont pas préalablement saisi les juridictions turques de leurs griefs au titre des dispositions de la Convention. En effet, selon eux, les voies de recours internes ne sont plus efficaces, dans la mesure où il existe une jurisprudence établie des tribunaux turcs concernant le foulard islamique. La Cour jugea inutile de vérifier au préalable si les requérants disposaient ou non de voies de recours internes au sens de l'article 35 § 1 de la Convention pour présenter leurs griefs tirés des dispositions de la Convention, dans la mesure où, en tout état de cause, la requête était irrecevable pour d'autres motifs.

Selon les requérants parents d'élèves, leurs filles se sont vu dénier le droit à l'instruction au mépris de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, dans la mesure où l'interdiction du port du foulard islamique dans les lycées İmam-Hatip les a privées du droit à l'accès à leurs écoles. La Cour rappela que le droit à l'instruction, tel qu'il est prévu par la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, garantit à quiconque, sans distinction aucune, « un droit d'accès aux établissements scolaires existant à un moment donné ». Cependant, ce droit n'est pas absolu ; il peut donner lieu à des limitations implicitement admises car il « appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat ». Les autorités nationales jouissent en matière de réglementation d'une certaine marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention. Afin de s'assurer que les limitations mises en œuvre ne réduisent pas le droit dont il s'agit au point de l'atteindre dans sa substance même et de le priver de son effectivité, la Cour doit se convaincre que celles-ci sont prévisibles pour le justiciable et tendent à un but légitime. En outre, pareille limitation ne se concilie avec ledit article que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. De telles limitations ne doivent pas non plus se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention et les Protocoles. Leurs dispositions doivent être envisagées comme un tout (*Leyla Şahin*, §§ 152-156). En l'espèce, la Cour observe que les mesures prises étaient clairement prévisibles, du fait de l'application du règlement sur la tenue vestimentaire des élèves que les intéressées se sont engagées à respecter lors de leur inscription.

Cependant, les requérants soutiennent que la réglementation litigieuse n'est pas compatible avec la Constitution turque, dans la mesure où aucune disposition constitutionnelle ou législative n'interdisait le port du foulard islamique dans les établissements scolaires. A titre subsidiaire, ils soutiennent que la tolérance des autorités scolaires pendant très longtemps quant à l'application de telles règles leur a permis de penser que l'exception de porter le foulard islamique pendant l'enseignement coranique était devenue la règle et que le port du foulard islamique était autorisé dans l'enceinte scolaire.

La Cour rappelle qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et appliquer le droit interne. A cet égard, elle se contente de rappeler qu'en vertu de l'article 12 de la loi fondamentale sur l'Education nationale, « la laïcité est le fondement de l'Education nationale turque ». Par ailleurs, comme il a été noté dans l'arrêt

Leyla Şahin (§ 99), la Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat ont considéré que le port du foulard islamique par les élèves n'était pas compatible avec le principe de laïcité, dès lors que le foulard était en passe de devenir le symbole d'une vision contraire aux libertés de la femme et aux principes fondamentaux.

La Cour ne saurait par ailleurs souscrire à la thèse des requérants selon laquelle les autorités scolaires, en tolérant le port du foulard islamique par les élèves dans l'enceinte scolaire, ont tacitement approuvé le port du foulard islamique dans les écoles, nonobstant les règles en vigueur. Lors de l'inscription aux écoles İmam-Hatip, tant les élèves que leurs parents ont été informés de la teneur de ladite réglementation et ils se sont engagés à la respecter. A partir de l'année 1999, la préfecture d'Istanbul a demandé aux établissements scolaires de veiller avec le plus grand soin à ce que lesdites règles soient minutieusement appliquées dans un esprit de dialogue et dans le but de préserver la sérénité dans les établissements scolaires. Par conséquent, et sans exclure la possibilité d'une légère divergence dans l'application des règles en vigueur en raison d'un contexte donné, une telle attitude des autorités ne peut rendre la règle en question imprévisible.

De même, eu égard aux circonstances de la cause et au libellé des décisions des autorités internes, la limitation litigieuse peut passer pour poursuivre les buts légitimes que sont la protection des droits et libertés d'autrui et la protection de l'ordre.

Quant à la proportionnalité des mesures litigieuses, la Cour observe d'emblée que, dans les établissements scolaires de second degré en Turquie, il existe des règles obligatoires à respecter régissant la tenue vestimentaire de l'ensemble des élèves sans distinction. En vertu de l'article 12 du règlement pertinent, les filles portent un uniforme et se présentent nu-tête à l'école. Dans les écoles İmam-Hatip, une exception à cette règle est prévue, selon laquelle les filles peuvent couvrir leurs cheveux pendant l'enseignement coranique. Par conséquent, l'on ne peut parler d'une interdiction *stricto sensu* du port du foulard islamique, mais d'une réglementation qui autorise le port du foulard pendant les cours où l'on enseigne le Coran.

Il importe de relever que de telles règles internes aux établissements scolaires sont des dispositions d'ordre général applicables à tous les élèves indépendamment de leurs convictions religieuses et elles servent notamment à l'objectif légitime de préserver la neutralité de l'enseignement secondaire

qui s'adresse à un public d'adolescents susceptibles d'être exposés à un risque de pression. A ce sujet, les organes de Strasbourg ont toujours souligné que la réglementation en matière d'enseignement peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et une certaine latitude doit être laissée aux autorités compétentes en la matière. En outre, les autorités des lycées İmam-Hatip ont empêché l'accès des élèves voilées à la suite du refus par ces dernières de renoncer au foulard islamique dans l'ensemble de leur établissement scolaire, nonobstant la réglementation en la matière. En effet, ces mesures n'ont été prises qu'en dernier ressort dans le but de rétablir la sérénité dans l'enceinte scolaire, où les troubles liés aux actes de protestation s'étaient répandus, et ce à la suite de l'échec des tentatives de médiation opérées par les autorités scolaires.

Par ailleurs, la Cour observe que, dans son avis du 27 mars 2002, la commission des droits de l'homme auprès de la préfecture d'Istanbul, saisie par les protestataires de la réglementation litigieuse, a justifié lesdites règles en se fondant, d'une part, sur le principe de laïcité énoncé dans la Constitution turque et, d'autre part, sur l'atteinte au principe de neutralité de l'école, arguments largement développés dans l'arrêt du 7 mars 1989 rendu par la Cour constitutionnelle. Cette dernière, dans son arrêt précité, a tenu compte du respect du principe du pluralisme, notamment dans les pays où la grande majorité de la population adhère à une religion précise, et où la manifestation de ses rites et symboles, sans restriction de lieu et de forme, peut constituer une pression sur les élèves qui ne la pratiquent pas ou sur ceux adhérant à une autre religion. Au demeurant, ladite commission a notamment observé que la création des écoles İmam-Hatip démontre que l'Etat a pris des mesures pour concrétiser le droit à l'instruction, qui appelle de par sa nature une réglementation de l'Etat. Cependant, soulignant le principe de primauté du droit et rappelant les décisions des juridictions turques concernant les règles contestées, elle a attiré l'attention des pétitionnaires sur le fait que la réclamation visant à obtenir l'autorisation de porter le foulard islamique dans tous les espaces de l'école, soutenue par certains mouvements n'appartenant pas au monde éducatif, tendait à prendre une tournure susceptible de porter atteinte à l'ordre et à la paix des établissements scolaires.

De tels principes paraissent à la Cour clairs et parfaitement légitimes. En conclusion, la Cour considère que la limitation litigieuse et les mesures y afférentes s'analysent en une mesure justifiée dans son principe et

proportionnée à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la défense de la neutralité de l'enseignement secondaire. Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 et doit être rejetée en application de l'article 35 § 4 de la Convention.

Les requérants parents d'élèves soutiennent que les mesures litigieuses ont porté atteinte aux droits qu'ils tiennent de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1.

Les requérants disent avoir inscrit leurs enfants dans des écoles Imam-Hatip parce qu'ils pensaient qu'il s'agissait d'établissements dispensant un enseignement conforme à leurs convictions religieuses. Cependant, les mesures prises à partir du 26 février 2002 les ont privés de ce droit. La Cour rappelle que la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 vise avant tout à sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif essentielle à la préservation de la « société démocratique ». C'est dans l'ensemble du programme de l'enseignement public que l'article 2 du Protocole n° 1 prescrit à l'Etat de respecter les convictions, tant religieuses que philosophiques, des parents. Etant donné le pouvoir d'appréciation laissé aux Etats en la matière, la disposition précitée leur interdit « de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser.

La Cour commence par relever que les lycées Imam-Hatip, où la théologie islamique est largement dispensée, sont des établissements publics d'enseignement secondaire destinés principalement à former les futurs cadres religieux. Il s'avère également que de nombreux parents ont inscrit leurs enfants dans ces établissements non seulement pour qu'ils deviennent de futurs cadres religieux mais également pour qu'ils poursuivent leurs études supérieures dans les disciplines générales en ayant une bonne instruction religieuse.

Les requérants parents d'élèves n'allèguent pas que l'enseignement de la théologie islamique dans ces écoles s'analyse en une tentative d'endoctrinement et ne contestent ni la définition ni l'aménagement du programme appliqué dans ces établissements. Ils souhaitent que leurs filles soient soustraites à des règles qui autorisent le port du foulard islamique uniquement pendant l'enseignement coranique, et qu'elles portent le foulard

dans l'enceinte de l'école sans aucune restriction, en conformité avec leurs convictions religieuses. A ce sujet, la Cour observe que la seconde phrase de l'article 2 implique principalement que l'Etat, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste dans une atmosphère sereine, préservée de tout prosélytisme intempestif.

Quoique destinés principalement à former de futurs cadres religieux, les lycées İmam-Hatip ne sont pas des écoles confessionnelles et font partie du système éducatif turc. Par conséquent, ils n'échappent pas au principe de laïcité. Un Etat ayant créé de tels établissements publics ne saurait être dispensé de son rôle d'arbitre neutre, garant du pluralisme confessionnel. Il incombe à cet égard aux autorités compétentes – dans le cadre de la marge d'appréciation dont elles jouissent – de veiller avec une grande vigilance à ce que, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, la manifestation par les élèves de leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires ne se transforme pas en un acte ostentatoire, qui constituerait une source de pression et d'exclusion. Cela vaut d'autant plus que le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas forcément les mêmes suivant les époques et les contextes. Pour les requérants parents d'élèves, il est inacceptable que leurs filles ne puissent accéder à l'enceinte scolaire en raison du fait qu'elles respectent un précepte religieux. A cet égard, pour la Cour, il suffit de constater que tant les parents que les élèves ont été informés des conséquences qu'ils allaient subir en cas d'inobservation des règles en vigueur. Il importe aussi de relever que le refus d'accès à l'enceinte scolaire ne s'accompagne d'aucune poursuite disciplinaire ; en effet, dès lors qu'elles respectent le code vestimentaire, les élèves peuvent continuer à suivre les cours.

En outre, l'obligation faite aux élèves de se présenter nu-tête dans l'enceinte scolaire, exception faite de l'enseignement coranique, ne prive pas leurs parents de leur droit « d'éclairer et conseiller leurs enfants, d'exercer envers eux leurs fonctions naturelles d'éducateurs, de les orienter dans une direction conforme à leurs propres convictions religieuses ou philosophiques » En conséquence, le code vestimentaire imposé en l'espèce et les mesures y afférentes ne portent pas atteinte au droit énoncé à la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1.

Les requérants invoquent pour leurs enfants l'article 9 de la Convention. La Cour rappelle que si la liberté de religion relève d'abord du for intérieur elle implique également celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi. L'article 9 énumère les diverses formes que peut prendre la manifestation d'une religion ou conviction, à savoir le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. Il ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction et ne garantit pas toujours le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction religieuse (*Leyla Şahin*, arrêt précité, §§ 105 et 212).

En l'espèce, la Cour rappelle avoir conclu que l'obligation imposée aux élèves de porter un uniforme scolaire et de se présenter nu-tête à l'école est une règle générale, qui s'applique à tous les élèves indépendamment de leurs convictions religieuses. Par conséquent et, à la lumière des considérations formulées ci-dessus au regard de l'article 2 du Protocole n° 1, à supposer même qu'il y ait eu ingérence dans le droit des intéressées de manifester leur religion, la Cour ne discerne aucune apparence de violation de l'article 9 de la Convention Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée.

Les requérants allèguent une violation des articles 3, 8, 10, 13 et 14 de la Convention, ainsi que de l'article 1 du Protocole n° 1. La Cour rejeta ces allégations. En ce qui concerne le grief tiré de l'article 1 du Protocole n° 1, la Cour souligne que, selon les éléments du dossier, les élèves requérantes ont toujours la possibilité de reprendre leurs études secondaires, étant donné qu'elles n'ont subi aucune sanction disciplinaire. La Cour, à l'unanimité, déclara la requête irrecevable.

Vu les similitudes des conceptions turque et française de la laïcité, il n'est guère surprenant de trouver des affaires françaises concernant le port du foulard⁴⁷, qui ont été portées devant la cour par des étudiantes de nationalité française mais d'origine turque (*Dogru c. France* n° 27058/05, et *Kervanci c.*

⁴⁷ Sur les incidences de la jurisprudence strasbourgeoise relative au foulard sur le droit français, cf. Decaux, Emmanuel, « Interdiction du foulard dans les universités » in *Journal de droit international*, 2/2005, s. 529 et ss. ; Garay, Alain, Laïcité, école et appartenance religieuse : pour un bilan exigeant de la loi no. 2004-228 du 15 mars 2004 » in *CRDF*, N. 4, 2005, p. 44 et ss ; sur le droit anglais : Chinkin, Women's Human Rights and Religion : How Do They Co-Exist ? , p. 72.

France n° 31645/04, 4 décembre 2008) La Cour conclut, à l'unanimité, dans les deux affaires, à la non-violation de l'article 9. Les deux affaires concernent l'exclusion des requérantes de leur établissement scolaire, en raison de leur refus de retirer leur foulard durant les cours d'éducation physique et sportive.

Invoquant l'article 9 les requérantes se plaignaient de l'atteinte à leur droit de manifester leur religion. Elles alléguaient également avoir été privées de leur droit à l'instruction, au sens de l'article 2 du Protocole n° 1 (droit à l'instruction).

La Cour observe que la limitation du droit des requérantes de manifester leur conviction religieuse avait pour finalité de préserver les impératifs de la laïcité dans l'espace public scolaire. Se fondant sur les décisions du Conseil d'Etat ainsi que sur les circulaires ministérielles rédigées sur la question, la Cour constate que le port de signes religieux n'était pas en soi incompatible avec le principe de laïcité dans les établissements scolaires, mais qu'il le devenait suivant les conditions dans lesquelles celui-ci était porté et aux conséquences que le port d'un signe pouvait avoir. A cet égard, la Cour rappelle avoir jugé qu'il incombait aux autorités nationales de veiller avec une grande vigilance à ce que, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, la manifestation par les élèves de leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires ne se transforme pas en un acte ostentatoire, qui constituerait une source de pression et d'exclusion. Or, aux yeux de la Cour, tel est bien ce à quoi semble répondre la conception du modèle français de laïcité.

En l'espèce, la Cour estime que la conclusion des autorités nationales selon laquelle le port d'un voile, tel le foulard islamique, n'est pas compatible avec la pratique du sport pour des raisons de sécurité ou d'hygiène, n'est pas déraisonnable. Elle admet que les sanctions infligées ne sont que la conséquence du refus par les requérantes de se conformer aux règles applicables dans l'enceinte scolaire dont elles étaient parfaitement informées et non, comme elles le soutiennent, en raison de leurs convictions religieuses. La Cour note également que les procédures disciplinaires dont les requérantes ont fait l'objet ont pleinement satisfait à un exercice de mise en balance des divers intérêts en jeu et qu'elles étaient assorties de garanties propres à protéger les intérêts des élèves.

Quant au choix de la sanction la plus grave, la Cour rappelle que, s'agissant des moyens à employer pour assurer le respect des règles internes, il ne lui

appartient pas de substituer sa propre vision à celle des autorités disciplinaires qui, en prise directe et permanente avec la communauté éducative, sont les mieux placées pour évaluer les besoins et le contexte locaux ou les exigences d'une formation donnée.

La Cour estime ainsi que la sanction de l'exclusion définitive n'apparaît pas disproportionnée, et constate que les requérantes ont eu la faculté de poursuivre leur scolarité dans un établissement d'enseignement à distance. Il en ressort que les convictions religieuses des requérantes ont été pleinement prises en compte face aux impératifs de la protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre public. Il est également clair que ce sont ces impératifs qui fondaient les décisions litigieuses et non des objections aux convictions religieuses des requérantes. Par conséquent, la Cour conclut que l'ingérence litigieuse était justifiée dans son principe et proportionnée à l'objectif visé. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 9.

La Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 1, les faits sur lesquels repose ce grief ayant déjà été examinés dans le cadre de l'article 9.

La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevables les requêtes dans les affaires *Aktas c. France* (requête no 43563/08), *Bayrak c. France* (no 14308/08), *Gamaleddyn c. France* (no 18527/08), *Ghazal c. France* (no 29134/08), *J. Singh c. France* (no 25463/08) et *R. Singh c. France* (no 27561/08) concernant l'exclusion d'élèves de leur établissement scolaire en raison du port de signes ostensibles d'appartenance religieuse. Cette fois-ci, ce ne sont pas uniquement le voile musulman, mais aussi le keski (sous-turban) sikh qui sont bannis de l'espace scolaire. Les proviseurs estimèrent que ces accessoires étaient contraires aux dispositions législatives interdisant le port de signes ou de tenues manifestant ostensiblement l'appartenance à une religion, pas seulement en cours d'éducation physique, mais dans l'ensemble des cours, en vertu de la loi de 2004. Face au refus des élèves de les retirer, les proviseurs leur refusèrent l'accès aux classes. M^{lles} Bayrak, Gamaleddyn et Aktas substituèrent un bonnet à leur voile. Après une période de dialogue avec les familles, le conseil de discipline des établissements prononça, à différentes dates entre octobre et novembre 2004, l'exclusion définitive des élèves pour non-respect des dispositions de l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation. Invoquant l'article 9 de la Convention combiné avec l'article 14 (interdiction de la discrimination), les requérants se plaignaient de l'interdiction du port

d'un couvre-chef imposée par leurs établissements scolaires, et alléguaient avoir été victimes d'une différence de traitement fondée sur leur religion. Invoquant l'article 2 du Protocole n°1 (droit à l'instruction), M^{lles} Aktas, Ghazal, Bayrak et MM. Singh se plaignaient de s'être vu refuser l'accès aux établissements concernés.

La Cour décida d'examiner seulement sous l'angle de l'article 9 les différents griefs relatifs aux allégations d'atteinte à la liberté religieuse. Dans toutes les affaires, l'interdiction faite aux élèves de porter un signe d'appartenance religieuse représentait une restriction à leur liberté d'exprimer leur religion, restriction prévue par la loi du 15 mars 2004 poursuivant le but légitime de protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre public. La Cour souligna que ce sont ces impératifs de protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre public qui ont motivé la décision d'exclusion, et non des objections aux convictions religieuses des élèves.

La Cour rappela l'importance du rôle de l'État comme organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances. Elle rappelle également l'esprit de compromis nécessaire de la part des individus pour sauvegarder les valeurs d'une société démocratique.

L'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans l'ensemble des classes en établissements scolaires publics est motivée par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité, objectif conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention et à la jurisprudence de la Cour. La Cour souscrit à l'avis des autorités françaises que le port permanent de couvre-chefs de substitution constituait aussi une manifestation ostensible d'appartenance religieuse. Elle souligne que la loi de 2004 doit permettre de répondre à l'apparition de nouveaux signes d'appartenance religieuse, voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi. Quant à la sanction d'exclusion définitive, elle n'est pas disproportionnée, les élèves ayant eu la possibilité de poursuivre leur scolarité au sein d'établissements d'enseignement à distance. L'ingérence des autorités dans leur droit à la liberté d'exprimer leur religion était donc justifiée et proportionnée à l'objectif visé. En conséquence, leurs griefs tirés de l'article 9 doivent être rejetés pour défaut manifeste de fondement.

La Cour rejeta également comme manifestement mal fondée la partie de la requête de M^{lles} Ghazal et Aktas et de MM. Singh, relative à l'article 14, en relation avec l'article 9, les dispositions litigieuses s'appliquant à tous les

signes religieux ostensibles. Concernant les griefs de M^{lles} Ghazal et Aktas, de M. Bayrak et de MM. Singh tirés de l'article 2 du Protocole n°1, la Cour estima qu'aucune question distincte ne se pose sous cet angle et qu'il n'y a pas lieu de les examiner. La Cour conclut donc que ces six requêtes doivent être rejetées.

« Le message ainsi délivré est clair : la jurisprudence de la Cour est désormais assez consolidée sur cette question pour considérer que la défense de la laïcité dote les Etats d'une marge d'appréciation très importante pour s'opposer à certaines manifestations de la liberté de religion, notamment dans les établissements scolaires.⁴⁸ »

Etant donné que la Turquie a ratifié –bien tardivement- le Pacte International sur les droits civils et politiques de 1996, ainsi que le Protocole additionnel, l'éventualité d'une communication en raison de l'interdiction du foulard dans l'espace universitaire risque de poser de graves problèmes de conflit inter-juridictionnel. En effet, la Comité avait fait, dans l'affaire *Hudoyberganova c. Ouzbékistan*⁴⁹, les constatations suivantes :

6.2 Le Comité prend note de l'allégation de l'auteur qui affirme que ses droits à la liberté de pensée, de conscience et de religion ont été violés du fait de son exclusion de l'Université par suite de son refus d'ôter le foulard qu'elle portait pour se conformer à ses croyances. Le Comité considère que la liberté de manifester sa religion englobe le droit de porter en public des vêtements ou une tenue conformes à sa foi ou à sa religion. Par ailleurs, il estime que le fait d'empêcher une personne de porter un habit religieux en public et en privé peut constituer une violation du paragraphe 2 de l'article 18, qui interdit toute contrainte qui porterait atteinte à la liberté de la personne d'avoir ou d'adopter une religion. Comme l'indique l'Observation générale no 22 (§ 5), (*du 20 juillet 1993, E. Ö.*) les politiques ou les pratiques ayant le même but ou le même effet de contrainte directe, telles que celles restreignant l'accès à l'éducation, sont incompatibles avec le paragraphe 2 de l'article 18 du Pacte. Le Comité rappelle toutefois que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction n'est pas une liberté absolue, et qu'elle peut faire l'objet des restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la

⁴⁸ Gonzalez, Gérard, « Rideau sur le voile et autres signes ostensibles » in AJDA 2009 n° 37, p. 2079.

⁴⁹ (Communication no. 931/2000, 18 Janvier 2005, CCCP/C/82/D/931/2000)

sécurité, de l'ordre, de la santé ou de la morale publics ou des droits et libertés fondamentaux d'autrui (art. 18 § 3, du Pacte). En l'espèce, l'exclusion de l'auteur a eu lieu le 15 mars 1998 et se fondait sur les dispositions du nouveau règlement de l'Institut. Le Comité note que l'État partie n'a pas invoqué de raison particulière montrant que la restriction imposée à l'auteur serait, selon lui, nécessaire au sens du paragraphe 3 de l'article 18. Au contraire, l'État partie a cherché à justifier l'expulsion de l'auteur de l'Université par son refus de se conformer à l'interdiction. Ni l'auteur ni l'État partie n'a clarifié quel type précis d'habit l'auteur portait, et qui a été désigné comme «*hijab*» par les deux parties. Dans les conditions particulières de l'affaire en question et sans préjuger ni du droit de l'État de limiter les manifestations de la religion ou de la conviction dans le cadre de l'article 18 du Pacte et compte dûment tenu des données propres au contexte, ni de celui des institutions universitaires d'établir des règles spécifiques à leur fonctionnement propre, en l'absence de justification fournie par l'État partie, le Comité se trouve amené à conclure à une violation du paragraphe 2 de l'article 18 du Pacte.

Un arrêt récent (**Ahmet Arslan et autres c. Turquie** (n° 41135/98, 23 février 2010) de la Cour surprend par une constatation de violation de l'article 9 s'agissant de l'interdiction de tenue religieuse. A l'issue d'incidents survenus lors d'une cérémonie à caractère religieux organisée à la mosquée de Kocatepe à Ankara, les membres d'un groupe religieux (les Aczimendi) furent arrêtés et placés en garde à vue. Dans le cadre de poursuites engagées à leur encontre pour infraction à la loi relative à la lutte contre le terrorisme, ils comparurent devant la cour de sûreté de l'Etat en janvier 1997, vêtus de la tenue représentative de leur groupe. Suite à cette audience, une action publique fut intentée à leur encontre et ils firent l'objet d'une condamnation pénale pour infraction, d'une part, à la loi relative au port du chapeau et, d'autre part, à la réglementation sur le port de certains vêtements, notamment religieux, dans les lieux publics en dehors des cérémonies religieuses. Invoquant l'article 9, les requérants se plaignaient devant la Cour européenne des droits de l'homme de leur condamnation au pénal pour avoir manifesté leur religion à travers leur tenue vestimentaire. La Cour observe que les requérants ont été sanctionnés au pénal pour leur manière de se vêtir dans des lieux publics ouverts à tous comme les voies ou places publiques, jugée contraire aux dispositions de la loi, et non pas pour indiscipline ou manque de respect devant la cour de sûreté de l'Etat. Le fait de condamner les requérants pour avoir porté ces vêtements tombe

sous l'empire de l'article 9 - qui protège, entre autres, la liberté de manifester des convictions religieuses – puisque les requérants étaient membres d'un groupe religieux et estimaient que leur religion leur imposait de se vêtir de cette manière. Ainsi les décisions des juridictions turques ont représenté une ingérence dans la liberté de conscience et de religion des requérants, ingérence dont la base légale n'est pas contestée (loi relative au port du chapeau et réglementation sur le port de certains vêtements dans les lieux publics). On peut admettre, considérant notamment l'importance du principe de laïcité pour le système démocratique en Turquie, que cette ingérence poursuivait les buts légitimes de maintien de la sûreté publique, de défense de l'ordre et de protection des droits et libertés d'autrui. Cependant, pour toute motivation, les tribunaux turcs se sont contentés de se référer aux dispositions légales, et en appel, de constater la conformité de la condamnation en cause à la loi.

La Cour souligne par ailleurs que cette affaire concerne une sanction pour le port de tenues vestimentaires dans des lieux publics ouverts à tous, et non, comme dans d'autres affaires dont elle a eu à connaître, la réglementation du port de symboles religieux dans des établissements publics, où la neutralité religieuse peut primer sur le droit de manifester sa religion. Il ne ressort pas du dossier que les requérants représentaient une menace pour l'ordre public ou qu'ils aient fait acte de prosélytisme en exerçant des pressions abusives sur les passants lors de leur rassemblement. De l'avis de la direction des affaires religieuses, leur mouvement était restreint et réduit à une « curiosité », les tenues qu'ils portaient ne représentant aucun pouvoir ou autorité religieuse reconnus par l'Etat.

La Cour estime donc que la nécessité de la restriction litigieuse n'a pas été établie de manière convaincante par le gouvernement turc, et considère que l'atteinte portée au droit des requérants à la liberté de manifester leurs convictions ne se fondait pas sur des motifs suffisants. Elle conclut, par six voix contre une, à la violation de l'article 9.

La distinction opérée par la Cour entre les obligations des « simples citoyens » et les représentants de l'Etat dans l'exercice d'une fonction publique » (§48) de même que le rejet de la thèse du Gouvernement tirée d'un éventuel prosélytisme de la part de requérants (§51) méritent l'attention. En revanche, la Cour esquive adroitement de trancher la question de la prévisibilité de la législation applicable, qui, selon les requérants, est tombée en désuétude.

Prudence bien compréhensible de la part de la Cour, car cette législation fait partie des « Lois révolutionnaires », piliers sacro-saints de la laïcité, dont l'inconstitutionnalité ne peut être alléguée devant la Cour constitutionnelle.

2. LIBERTÉ RELIGIEUSE DU PERSONNEL MILITAIRE ET EXPULSION D'OFFICIERS EN RAISON D'APPARTENANCE À DES ORGANISATIONS RELIGIEUSES.

Il s'agit d'un problème hautement épineux dans un pays où l'armée est considérée comme le gardien intransigeant de la laïcité⁵⁰. L'histoire récente nous révèle que cette affirmation n'est pas dépourvue d'ambiguïté : Alarmés par le discours radical de gauche des années 1970, les leaders militaires du coup d'Etat de 1980 ont adopté une politique de dépolitisation où la religion devrait jouer un rôle stabilisateur. Cette politique s'est notamment traduite par la promotion de l'éducation religieuse. Cette manipulation « continue » de la religion avait pour principal but de sensibiliser la fidélité de la population à l'égard de l'Islam en vue d'assurer la stabilité politique sous une institutionnalisation autoritaire fondée sur la morale et la religion dont le symbole trinitaire serait : Famille, mosquée, caserne⁵¹. Ce stratagème a donné des résultats imprévisibles : les années 1980 virent une montée et une prolifération inouïes de mouvements islamistes de tout bord. Le Parti Refah a pu constituer des gouvernements de coalition; l'AKP est monté seul au pouvoir en 2002 et il y reste. L'armée a terminé son histoire d'amour avec le religieux et est retournée dans la solitude monastique de ses casernes où elle conserve sa position de gardien de la laïcité. Aujourd'hui, la laïcité « à la turque » trouve grâce auprès de la Cour européenne lorsqu'il s'agit de protéger le « sanctuaire militaire »⁵².

50 Cf. Vinot, "Armée, laïcité...", p. 85: "...les militaires s'opposeraient à l'instauration d'un régime théocratique qui mettrait fin à la démocratie séculière et laïque. On peut ainsi estimer qu'ils protègent la démocratie turque contre le plus sérieux des périls intérieurs qui la menacent". Bockel constate "un conflit latent, permanent, entre les défenseurs des principes fondateurs appuyés sur l'armée et la classe politique majoritaire tentée par l'électoratisme" cf. Bockel, "Le droit constitutionnel turc à l'épreuve européenne...", p. 920.

51 Denli, Özlem, « Freedom of religion : Secularist Policies and Islamic Challenges » in *Human Rights in Turkey*, Edited by Zehra F. Kabasakal Arat, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007, pp.93-94.

52 Gonzalez, Gérard, Observations sur l'arrêt Leyla Şahin c/ Turquie, in *Revue de droit public*, 2005/3, p. 789.

Kemal Yanaşık, étudiant dans l'Académie Militaire, fait l'objet de plusieurs enquêtes et de peines disciplinaires au motif qu'il avait participé à des activités intégristes et finit par être licencié de l'Académie. Yanaşık saisit la Commission européenne des droits de l'homme, et se plaint, entre autres, que les reproches dirigés contre lui par les responsables de l'école militaire pour activités et propagande intégristes, tout en étant non fondés, avaient pour but de le punir en raison de ses convictions religieuses garanties par l'article 9 de la Convention. Selon la Commission, en s'enrôlant dans une école militaire, le candidat officier se soumet, de son plein gré, à des règles militaires bien définies dans la réglementation de cette école. Cette réglementation peut soumettre la liberté des étudiants de pratiquer leur religion à des limitations de temps et de lieu, sans toutefois la supprimer totalement, afin d'assurer le bon fonctionnement de l'armée. La Commission note qu'il n'est pas contesté que les étudiants de l'Académie militaire puissent s'acquitter de leurs obligations religieuses dans les limites apportées par les exigences de la vie militaire. En fait, les militaires disposent, en dehors des heures de travail et dans les locaux réservés au culte, de la possibilité de prier et d'accomplir leurs autres devoirs religieux. La discipline militaire implique, par nature, la possibilité d'apporter certaines limitations aux droits et libertés des membres de forces armées qui ne peuvent être imposées aux civiles⁵³. Il n'y a donc aucune ingérence dans le droit garanti par l'article 9 §1 de la Convention: Ce grief est donc manifestement mal fondé⁵⁴.

L'arrêt Kalaç⁵⁵ présente bien des similitudes avec la décision Yanaşık. Le Conseil Supérieur Militaire décide la mise en retraite d'office de Faruk Kalaç, magistrat militaire, pour "opinions⁵⁶ intégristes illégales". Après avoir épuisé

53 La Commission se réfère à l'arrêt Engel de la Cour, 8 juin 1976, série A, No. 22, p. 24, § 57. La Commission rappelle aussi sa décision, précitée, (X c/Royaume-Uni, 8160/78, 12 mars 1981, DR 22, p. 27 et ss.) relative à l'obligation imposée à un enseignant de respecter les heures de travail, en conflit avec ses devoirs religieux.

54 Kemal Yanaşık c/Turquie, 14524/89, DR 74, p. 14-22.

55 En posant la question de savoir s'il s'agit d'une nouvelle affaire "Calas" Costa fait un jeu de mot qui permet d'évoquer les mânes de Voltaire, grand défenseur de la liberté religieuse. (Costa, Jean Paul, "La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté religieuse in La France et la Cour européenne des droits de l'homme, La jurisprudence de 1996 à 1997, Cahiers du CREDHO No. 4, 1998, p.15

56 Rolland constate que ce fonctionnaire fut poursuivi et condamné pour un pur et simple délit d'opinion religieuse. Cf. Rolland, Patrice, Le fait religieux devant la Cour européenne des

les voix de recours internes, Kalaç saisit la Commission européenne des droits de l'homme qui estime que le statut de magistrat militaire ne prive pas le requérant de la protection de l'article 9 de la convention et que la révocation de celui-ci en raison de ses convictions religieuses qu'il aurait manifestées, constitue une ingérence dans sa liberté de conscience et de religion. La révocation du requérant qui n'a été précédée d'aucune critique ni mise en garde, qui a été prononcée sans respecter une procédure disciplinaire et qui n'a pu faire l'objet d'aucun contrôle juridictionnel n'est pas prévue par la loi au sens de l'article 9 §2: La Commission conclut à la violation de l'article 9.⁵⁷ La Cour suivra toutefois une logique plus simple: En ce qui concerne les limitations pouvant être apportées aux membres des forces armées, elle réitère les termes de la décision Yanaşık de la Commission et conclut que la mise à la retraite d'office ne s'analyse pas en une ingérence dans le droit garanti par l'article 9 puisqu'elle n'est pas motivée par la façon dont le requérant a manifesté sa religion.⁵⁸

3. DROITS POLITIQUES

3.1. DISSOLUTION DE PARTIS POLITIQUES EN RAISON D'ACTIVITÉS ANTI-LAÏQUES

Dans un arrêt crucial pour la vie politique turque, la Cour européenne des droits de l'homme a validé la décision de dissolution d'un parti politique « par le prisme de la laïcité »⁵⁹. Il s'agit du fameux arrêt "Refah Partisi" (*Parti de la Prospérité*) dernier avatar d'une longue série de partis islamistes⁶⁰, dissout

droits de l'homme, in du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme, Mélanges Raymond Goy, publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 284.

57 Rapport 20704/92, du 27 février 1996.

58 Kalaç c/Turquie, 61/1996/680/870, 1er juillet 1997.

59 Garay, Alain, « L'exercice collectif de la liberté de conscience religieuse en droit international » in Revue trimestrielle des droits de l'homme, 67/2006, p. 609.

60 Il s'agit, par ordre chronologique, du Milli Nizam Partisi (Parti de l'ordre national, dissous en 1971), du Milli Selamet Partisi (Parti du salut national, fermé à la suite du coup d'Etat de 1980) du Huzur Partisi, (Parti de la quiétude) et du Refah et du Fazilet. (parti de la Vertu). Ce dernier étant également dissous par la Cour Constitutionnel, deux partis naquirent de ses cendres, le Saadet Partisi et le Ak-Parti. Pour plus de détails sur le passé des partis islamistes, cf. Öktem, Emre, "La cour constitutionnelle turque définit le nationalisme, principe de la République" in Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger, No. 4, 1999, p. 1174 et ss.

par la Cour constitutionnelle comme ses prédécesseurs. Le Refah avait été dissous en raison des propos anti-laïques prononcés par ses cadres dirigeants, visant notamment à changer le régime présent et instaurer un nouveau système multi juridique, où chaque communauté vivrait conformément aux règles dictées par ses croyances. Saisie par le Parti Refah⁶¹, ainsi que ses dirigeants frappés d'une déchéance temporaire de certains droits politiques, la Cour préféra analyser la question sous l'angle de la liberté d'association, garantie par l'article 11 de la Convention, sans pour autant renoncer à se référer à l'article 9. En reprenant les termes de l'arrêt *Cha'are Shalom ve Tsedek c. France*,⁶² la Cour affirme que "Le rôle de l'Etat, en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, concourt à l'ordre public, à la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique et rappelle que le principe de la laïcité en Turquie (est) assurément l'un des principes fondateur de l'Etat qui cadr(ent) avec la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme."⁶³ Aux termes de la défense du Gouvernement turc, "...la République turque est fondée sur un processus révolutionnaire qui a transformé un Etat théocratique en un Etat laïque et que les tendances réactionnaires islamiques constituent un danger actuel à nos jours....l'Islam politique ne se limite pas au domaine privé des relations entre l'individu et Dieu, mais il prétend aussi organiser l'Etat et la communauté."⁶⁴ En prenant en considération l'arrêt de dissolution du Refah prononcée par la Cour

61 Après avoir rappelé que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que les décisions de la Cour constitutionnelle turque prononçant la dissolution de deux partis politiques turcs (affaire du Parti communiste unifié de Turquie du 30 janvier 1998 et affaire du Parti socialiste du 25 mai 1998) constituaient des violations de la Conventions, Bockel commentait l'affaire REFAH dans les termes suivants: "Quelle sera la décision de la Cour de Strasbourg, sur la requête du parti Refah dont elle a été saisie? En l'état du dossier, son rejet supposerait que le projet, très vaguement exprimé d'établir le droit religieux dans tel ou tel aspect de la vie turque soit considéré comme une entreprise de subversion de la démocratie, parce que violant, comme le soutient le Gouvernement turc, le principe de la liberté individuelle ou celui de l'égalité, ou bien que les propos, pas toujours très nets, tenus par tel ou tel responsable du parti laissant entendre que la violence est nécessaire, soient considérés comme prouvant que le parti lui-même préfère l'usage de la violence au débat démocratique..." cf. Bockel, "Le droit constitutionnel turc à l'épreuve européenne..." p. 927, note 33.

62 *Cha'are Shalom ve Tsedek c. France*, 27417/95, 27 juin 2000, § 84.

63 Cf. *Kalaç c/Turquie*, 61/1996/680/870, 1er juillet 1997, § 27-31.

64 *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie*, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 31 juillet 2001, §58.

constitutionnelle turque, la Cour européenne des droits de l'homme déduit que "...la mise en place d'un régime théocratique, avec des règles valables aussi bien pour le droit public que privé, n'est pas complètement illusoire en Turquie, compte tenu, d'une part, de son passé relativement proche, et, d'autre part, du fait que la grande majorité de sa population adhère à la religion musulmane.⁶⁵ "A l'instar du Gouvernement, la Cour admet que le système multi juridique, tel que proposé par le (Refah Partisi) introduirait dans l'ensemble des rapports de droit une distinction entre les particuliers fondée sur la religion, les catégoriserait selon leur appartenance religieuse et leur reconnaîtrait des droits et des libertés non pas en tant qu'individus, mais en fonction de leur appartenance à un mouvement religieux. (...) Selon la Cour, un tel modèle de société ne saurait passer pour compatible avec le système de la Convention, pour deux raisons: d'une part, il supprime le rôle de l'Etat en tant que garant des droits et libertés individuels et organisateur impartial de l'exercice des diverses convictions et religions dans une société démocratique, puisqu'il obligerait les individus à obéir, non pas à des règles établies par l'Etat, dans l'accomplissement de ses fonctions précitées, mais à des règles statiques de droit statiques imposées par la religion concernée. (...) D'autre part, un tel système enfreindrait indéniablement le principe de non-discrimination des individus dans leur jouissance des libertés publiques, qui constitue l'un des principes fondamentaux de la démocratie. En effet, une différence de traitement entre les justiciables dans tous les domaines du droit public et privé selon leur religion ou leur conviction n'a manifestement aucune justification au regard de la Convention, notamment au regard de l'article 14 qui prohibe les discriminations.⁶⁶ En ce qui concerne les propos anti-laïques tenus par les dirigeants du parti, la Cour estime que "lorsque le comportement incriminé atteint un niveau élevé d'insulte et se rapproche d'une négation de la liberté de religion d'autrui, il perd pour lui-même le droit d'être toléré par la société.⁶⁷ La Cour finit par conclure que les ingérences litigieuses n'étaient pas disproportionnées aux buts légitimes poursuivis, compte tenu du" besoin social impérieux" auxquels elles répondaient, et que les motifs avancés par la

65 Arrêt Refah, § 64.

66 Arrêt Refah, § 69.

67 Arrêt Refah, § 73-74. Il s'agissait notamment du discours du 13 avril 1994 du président du Parti M. Erbakan, sur la question de savoir si l'accession au pouvoir se fera dans la violence ou de façon pacifique (si le changement de régime sera sanglant ou non).

Cour Constitutionnelle pour la dissolution du R. P. et la déchéance temporaire de certains droit politiques prononcée contre les autres requérants étaient pertinents et suffisants: il n'y a pas eu de violation de l'article 11.⁶⁸

Lebreton considère que l'arrêt Refah manifeste une surprenante méfiance à l'égard de l'Islam de la part des juges de la Cour européenne des droits de l'homme, poussés à "l'affolement" par l'opposition simpliste entre Islam et Occident. Par un étrange renversement des perspectives, ce n'est plus le Gouvernement turc mais l'Islam qui se trouve en position d'accusé. Aveuglée par ses préjugés contre l'Islam, la Cour a voulu légitimer coûte que coûte la dissolution d'un parti qu'elle savait respectueux de cette religion. La Cour se méfie de l'Islam qu'elle considère comme une religion intrinsèquement dangereuse⁶⁹. Outre ces observations de fond, Lebreton critique l'arrêt Refah du point de l'évaluation des preuves: Les discours apologétiques du système multi juridique qui figurent parmi les motifs de dissolution avaient été prononcés trois ans avant l'accession au pouvoir du Refah et le thème n'a jamais été repris par les dirigeants du parti. Le programme officiel du parti, qui affichait sa fidélité au principe de la laïcité n'a pas été pris en compte. L'argumentaire du Gouvernement qui consiste à établir un parallèle entre la situation de l'Etat en 1998 et celle qu'il connaissait avant 1924 est contestable dans la mesure où il tient implicitement pour négligeable "soixante quatorze années d'expérience laïque" qui ont pourtant modifié la perception de l'Islam. La Cour confond "l'Islam politique" avec "le fondamentalisme islamique" (§ 59) alors que le Gouvernement turc reconnaît que l'Islam politique est "tolérant à l'égard des autres confessions." (§ 60) Lebreton qualifie la méthode suivie par la Cour d' « impressionniste »⁷⁰. L'arrêt comporte une certaine inconséquence par rapport au droit comparé. En effet, les discours d'Erbakan, leader du parti, déplorant l'interdiction du voile islamique dans les établissements d'enseignement publics ont été jugés incompatibles avec le principe de la laïcité. Or, dans un Etat comme la France, autant attachée que

68 Arrêt Refah, § 82-83.

69 Lebreton, Gilles, « L'Islam devant la Cour européenne des droits de l'homme » in *Revue de droit public*, 5/2002, pp. 1495, 1498, 1504.

70 Lebreton, L'Islam devant la Cour européenne des droits de l'homme , pp. 1498, 1500, 1502. Lebreton attire l'attention sur une erreur matérielle de la Cour qui passe inaperçue dans la plupart des critiques : La Cour confond la réorganisation des heures du travail en fonction du Ramadan (§ 26) et en fonction de la prière (§ 72) (Lebreton, op. cit. p. 1499.)

la Turquie au principe de la laïcité, le port du voile dans les établissements d'enseignement (supérieur) publics est admis⁷¹.

La lutte contre le fondamentalisme religieux est ainsi avalisée au nom du principe de la laïcité⁷². La Cour semble opter une conception délibérément combative de la démocratie⁷³. Selon la Cour, "...un parti politique peut mener campagne en faveur d'un changement de législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'Etat doit remplir deux critères afin de bénéficier de la protection de la Convention: 1) les moyens utilisés à cet effet doivent être à tout point de vue légaux et démocratiques; 2) le changement proposé doit lui-même être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux".⁷⁴ En partant de ces principes, la Cour constate que le projet politique du parti n'était ni théorique, ni illusoire mais réalisable. Le parti en cause aurait, selon la Cour, des chances réelles d'accéder au pouvoir et de mettre en application ses projets politiques. Ces chances sont évaluées à la lumière de l'histoire turque qui démontre que les organisations religieuses intégristes ont trouvé en Turquie un terreau fertile, ce qui leur a permis d'imposer leur projet social. Ces éléments font du parti Refah « un danger tangible et immédiat » (à rapprocher du critère américain du *clear and present danger*) pour l'ordre public en Turquie. Les intentions d'instaurer la *charia* avec toutes les institutions juridiques qui en découlent avaient été clairement exprimées par les responsables du parti. Il semblerait que la Cour ne se contente pas d'observer le potentiel d'un danger réel mais cherche à établir si le parti en cause constitue un danger tangible et immédiat pour l'ordre public⁷⁵.

Certains auteurs souscrivent à la solution finale de la Cour, tout en admettant que son argumentation s'avère fort discutable⁷⁶. A notre sens, aussi bien la Cour constitutionnelle turque que la Cour européenne des droits de

71 Lebreton, L'Islam devant la Cour européenne des droits de l'homme, p. 1499.

72 Flauss, Jean-François, « Laïcité et Convention européenne des droits de l'homme » in Revue de droit public, 2/2004, p. 319.

73 Sottiaux, Stefan & De Prins, Dajo, « OBSERVATIONS- La Cour européenne des droits de l'homme et les organisations antidémocratique » in Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2002, pp. 1021

74 Refah, § 46.

75 Sottiaux & De Prins, OBSERVATIONS- La Cour européenne des droits de l'homme et les organisations antidémocratique, pp.1019, 1032-1034.

76 Cf. Sales, Eric, "La laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" in Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/II, p. 175

l'homme semblent accorder peu de poids à un élément capital du dossier Refah. Dans l'une de ses allocutions publiques, M. Erbakan avait qualifié les membres des parties autre que le Refah comme « adeptes de la religion de la pomme de terre » (*sic*) et avait déclaré que la seule voie du salut dans l'au-delà passait par le parti Refah : *Nulla salus extra prosperitatem* ... Or, l'une des conditions *sine qua non* de la laïcité est la garantie effective de la liberté religieuse, laquelle implique « un rejet des revendications du monopole de la vérité »⁷⁷ La laïcité nécessite également la neutralité de l'Etat vis-à-vis des diverses croyances. Une revendication politique du monopole de la vérité compromet donc la liberté religieuse, et partant, la laïcité.

Le parti politique **Fazilet**, héritier du Refah, avait été dissous par la Cour constitutionnelle au motif que celui-ci était devenu un « centre d'activités contraires au principe de laïcité ». Le parti et son président saisirent la Cour européenne des droits de l'homme. Les requérants soutenaient que la dissolution du Fazilet a emporté violation de l'article 3 du Protocole n° 1 (droit à des élections libres) et s'estimaient victimes d'une violation des articles 10 (liberté d'expression) et 11 (liberté de réunion et d'association). En outre, ils alléguaient la violation des articles 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion) et 14 (interdiction de la discrimination) et soutenaient que la Cour constitutionnelle était allée au-delà de ses compétences au regard des articles 17 (interdiction de l'abus de droit) et 18 (limitation de l'usage des restrictions aux droits). Par la suite, par une lettre du 2 décembre 2005, M. Kutan a informé la Cour que les requérants entendaient retirer leur requête. Dans ces conditions, la Cour décida à l'unanimité de rayer l'affaire du rôle en date du 27/04/2006.

S'agissant de la dissolution des partis islamistes, nous ne pouvons nous empêcher de penser à une anecdote historique, dont l'évocation serait un peu aventureuse dans le contexte actuel: Le grand vizir Sokollu Mehmed Pacha reçoit l'ambassadeur de Sérénissime République après la bataille de Lépante (1571). Embarrassé par l'arrogance du diplomate vénitien, le pacha fait une remarque: "En prenant Chypre, nous vous avons coupé le bras. En détruisant notre flotte à Lépante, vous nous avez coupé la barbe. Le bras amputé ne repousse pas. La barbe rasée repousse vite, et drue." En effet, à chaque fois

⁷⁷ Dinstein, Y., "Freedom of religion and the protection of religious minorities" in *Israel Yearbook of Human Rights*, 1992, p. 146.

que le barbier judiciaire recourt à une intervention « chirurgicale » contre les partis islamistes, les mêmes conséquences se produisent: Un parti nouveau et plus fort renaît des cendres du précédent. Il tient sa force d'une rhétorique de martyrologie (les électeurs réagissent à la dissolution de l'ancien parti, présenté comme victime de l'oppression politique) et de l'élimination de la vieille génération de politiciens qui encombraient et compromettaient le mouvement avec une mentalité désuète.

3.2. DROIT À DES ÉLECTIONS LIBRES

Par un arrêt du 22 juin 2001, la Cour constitutionnelle turque avait prononcé la dissolution du *Fazilet* au motif que celui-ci, qui avait notamment fondé son programme politique sur la question du port du foulard islamique, était devenu un « centre d'activités contraires au principe de laïcité ». Pour parvenir à cette conclusion, elle tint compte des actes et propos de certains dirigeants et membres du parti en question, parmi lesquels figuraient M^{me} Kavakçi, M. Silay et M^{me} Ilıcak. A titre de sanction accessoire, la Cour constitutionnelle interdit à M^{me} Kavakçi, M. Silay et M^{me} Ilıcak d'être membres fondateurs, adhérents, dirigeants ou commissaires aux comptes d'un autre parti politique pour une période de cinq ans ; M^{me} Ilıcak fut par ailleurs déchue de son mandat parlementaire.

Ayant saisi la Cour européenne des droits de l'homme, (*Kavakçi c. Turquie* (requête n° 71907/01), *Silay c. Turquie* (n° 8691/02) et *Ilıcak c. Turquie* (n° 15394/02) ces personnes soutinrent que la dissolution du *Fazilet* avait emporté violation de l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention. Par ailleurs, dans les affaires *Silay* et *Ilıcak*, les requérants s'estimaient victimes d'une violation des articles 10 (liberté d'expression) et 11 (liberté de réunion et d'association). Invoquant l'article 1 du Protocole n° 1 (protection de la propriété), M^{me} *Ilıcak* se plaignait également d'avoir été injustement privée des bénéfices de ses émoluments parlementaires. En outre, dans l'affaire *Kavakçi*, la requérante alléguait la violation des articles 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion) et 14 (interdiction de la discrimination). La Cour conclut, à l'unanimité dans ces trois affaires, à la violation de l'article 3 du Protocole n° 1 (droit à des élections libres) à la Convention européenne des Droits de l'Homme.

La Cour relève que les limitations temporaires apportées aux droits politiques des requérants avaient pour finalité de préserver le caractère laïc

du régime politique turc. Vu l'importance de ce principe pour le régime démocratique en Turquie, elle estime que cette mesure visait les buts légitimes de défense de l'ordre et de protection des droits et libertés d'autrui.

La Cour note ensuite que l'article 69 § 6 de la Constitution turque, tel qu'il était applicable à l'époque des faits, avait une portée très large. Tous les actes et propos des membres pouvaient être imputables au parti pour considérer celui-ci comme un centre d'activités contraires à la Constitution et décider de sa dissolution, et ce sans distinction d'implication des membres dans les activités du parti. Ainsi, certains membres du parti, notamment le président et le vice-président, qui se trouvaient dans une situation comparable à celle des requérants n'ont pas été sanctionnés.

Enfin, la Cour estime que les sanctions infligées aux requérants sont graves et ne sauraient passer pour proportionnées aux buts légitimes poursuivis. En conséquence, la Cour conclut dans ces trois affaires à la violation de l'article 3 du Protocole n° 1.

4. LIBERTÉ D'EXPRESSION

Dans son *dictum* de l'affaire Kokkinakis, la Cour avait établi que « Telle que la protège l'article 9 (art. 9), la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une «société démocratique» au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme - chèrement conquis au cours des siècles - consubstantiel à pareille société. »⁷⁸

En rapport avec la liberté religieuse, la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention peut très bien s'exercer pour déclarer des idées d'inspiration religieuse, mais aussi anti-religieuse.

4.1. LIBERTÉ D'EXPRESSION AU NOM DE LA RELIGION

Dans l'affaire *Müslüm Gündüz c. Turquie* (n° 35071/97) le requérant soutenait que sa condamnation pénale en raison de sa participation, en tant que dirigeant de *Tarikat Aczmeni* (une communauté qui se qualifie de secte

⁷⁸ Kokkinakis c. Grèce, 14307/88, 25 Mai 1993, §31.

islamiste), à une émission télévisée diffusée par la chaîne *HBB*. avait entraîné la violation de l'article 10. En effet, suite à cette émission, la cour de sûreté de l'Etat l'avait déclaré coupable d'incitation du peuple à la haine et à l'hostilité sur la base d'une distinction fondée sur l'appartenance à une religion, et l'avait condamné à deux ans d'emprisonnement et au paiement d'une amende. La cour lui reprocha notamment d'avoir qualifié les institutions contemporaines et laïques « d'impies » (*dinsiz*), d'avoir violemment critiqué les notions de laïcité et de démocratie et d'avoir milité ouvertement pour la charia.

La Cour relève que la condamnation du requérant s'analyse en une ingérence dans son droit à la liberté d'expression. Cette ingérence, qui était prévue par le code pénal turc, avait pour but légitime la défense de l'ordre, la prévention du crime, la protection de la morale et la protection des droits d'autrui. La Cour observe tout d'abord que l'émission en question était consacrée à la présentation d'une secte dont les adeptes attiraient l'attention du grand public. M. Gündüz, dont les idées étaient déjà bien connues du public, y était invité afin de présenter la secte et ses idées non conformistes, notamment l'incompatibilité de sa conception de l'Islam avec les valeurs démocratiques. Ce thème était largement débattu dans les médias turcs et concernait un problème d'intérêt général.

Certains propos retenus par les juridictions nationales pour condamner le requérant dénotent, selon la Cour, une attitude intransigeante et un mécontentement profond face aux institutions contemporaines de Turquie. Ils ne peuvent toutefois passer pour un appel à la violence ni pour un « discours de haine » fondé sur l'intolérance religieuse. Par ailleurs, eu égard au contexte dans lequel ils ont été tenus, la Cour considère que dans la mise en balance des intérêts liés à la liberté d'expression et de ceux tenant à la protection des droits d'autrui, à la lumière du critère de nécessité posé par l'article 10 § 2 de la Convention, il y a lieu d'accorder plus de poids que ne l'ont fait les juridictions nationales au fait que le requérant participait activement à une discussion publique animée. Enfin, il ne fait aucun doute que des expressions visant à propager, inciter à ou justifier la haine fondée sur l'intolérance, y compris l'intolérance religieuse, ne bénéficient pas de la protection de l'article 10 de la Convention. Toutefois, de l'avis de la Cour, le simple fait de défendre la charia, sans en appeler à la violence pour l'établir, ne saurait passer pour un « discours de haine ». Eu égard au contexte de la présente affaire, la Cour estime que la nécessité de la restriction litigieuse ne se trouve pas établie de manière convaincante.

Dès lors, nonobstant la marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales, la Cour considère que l'atteinte portée au droit à la liberté d'expression du requérant ne se fondait pas sur des motifs suffisants au regard de l'article 10. Elle conclut, par six voix contre une, à la violation de l'article 10.

L'affaire *Erbakan c. Turquie* (requête n° 59405/00) fut introduite par M. Necmettin Erbakan, leader traditionnel du mouvement politique islamiste en Turquie et personnage hautement pittoresque par son style et par son acquis politique. Le seul fait qu'il ait saisi la Cour européenne des droits de l'homme dans la présente affaire, ainsi que dans l'affaire Refah constitue en soi une déviation –ou une concession, un compromis, le lecteur choisira- par rapport à la ligne politique de son mouvement. En effet, le Procureur Général de la République qui avait présenté l'acte d'accusation pour la dissolution du parti Milli Nizam (19717) s'était fondé sur les propos prononcés par le président et par les vice-présidents dudit parti, premier avatar du mouvement islamiste. Ces citations comprenaient, *inter alia.*: « *Les européens sont des hippies pouilleux,* »⁷⁹

Il semble que M. Erbakan ait changé ses vues sur le vieux continent⁸⁰, puisqu'il n'hésita guère à saisir une juridiction européenne pour avoir accès à des droits que son pays natal lui refusait. Le requérant fit l'objet de poursuites pénales pour avoir, à l'occasion du discours prononcé en 1994 à Bingöl, lors de la campagne pour les élections municipales, ouvertement incité le peuple à la haine et à l'hostilité en ayant tenu des propos sur les différences de religion, de race et de région. La cour de sûreté de l'Etat condamna M. Erbakan à une peine d'emprisonnement d'un an et à une amende. Tenant compte de la situation qui régnait à l'époque dans la ville de Bingöl, où la population avait été victime d'actes terroristes perpétrés par une organisation extrémiste, la cour de sûreté conclut que l'intéressé, entreprenant notamment une distinction entre les « croyants » et les « non croyants », avait dépassé les limites admissibles de la

⁷⁹ Arrêt du 20.5.1971, Recueil des Arrêts de la Cour Constitutionnelle, Tome 9, p. 6. On également compte parmi ces chefs-d'œuvre d'humour politique : « *les yeux des communistes émettent de la lumière rouge, ceux des francs-maçons de la lumière jaune, ceux des musulmans, de la lumière verte* »⁹, *les conservatoires de ballet éduquent des prostituées*,¹³, etc...

⁸⁰ Au risque d'une digression, rappelons que M. Erbakan n'avait pas eu des relations particulièrement tendues avec les européens, puisque dans sa carrière de professeur d'ingénierie mécanique, qui fut plus heureuse que sa carrière politique, il contribua avec succès au projet de la construction des chars d'assaut *Leopard*.

liberté de la discussion politique. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par le requérant et confirma sa condamnation. Elle considéra qu'en qualifiant « tous les partis, à l'exception du sien, de partis d'injustes, amoureux de l'infidèle, défendant le système prétendument basé sur l'intérêt », M. Erdogan avait prôné l'idée selon laquelle « ces partis-là avaient déclaré la guerre, selon le Coran, contre Allah ».

Dans sa requête introduite devant la Cour européenne des Droits de l'Homme le 26 juillet 2000, M. Erdogan invoqua les articles 10 et l'article 6 § 1 de la Convention et se plaignit que sa condamnation avait porté atteinte à son droit à la liberté d'expression et soutint que sa cause n'avait pas été entendue par un tribunal indépendant et impartial du fait de la présence d'un juge militaire au sein de la composition de la cour de sûreté de l'Etat.

Quant aux propos imputés au requérant, la Cour estime qu'en usant d'une terminologie religieuse, l'orateur a réduit notamment la diversité, inhérente à toute société, en un simple clivage entre « croyants » et « non croyants », et lancé un appel dans le but de former une ligne politique sur la base de l'appartenance religieuse. Par ailleurs, la Cour note qu'à l'époque des faits la population de la région avait été victime de plusieurs actes tragiques perpétrés par des mouvements fondamentalistes.

Soulignant que la lutte contre toute forme d'intolérance fait partie intégrante de la protection des droits de l'homme, il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance. Cependant, vu le caractère fondamental du libre jeu du débat politique dans une société démocratique, la Cour doit rechercher s'il existe des raisons impérieuses pouvant justifier une sanction lourde dans le domaine du discours politique. A cet égard, elle relève notamment que les autorités n'ont tenté d'établir que cinq ans après ce rassemblement le contenu du discours incriminé uniquement sur la base d'un enregistrement vidéo dont l'authenticité s'avère contestée.

Eu égard aux circonstances de l'espèce, la Cour estime qu'il est particulièrement difficile de tenir le requérant pour responsable de l'ensemble des propos produits dans l'acte d'accusation. D'autre part, il n'est pas établi qu'au moment de l'engagement des poursuites à l'encontre du requérant, le discours incriminé engendrait « un risque actuel » et un danger « imminent » pour la société ou était susceptible de l'être. Enfin, la Cour tient compte de la très sévère sanction infligée à cet homme politique notoire.

Pour conclure, la Cour estime que les poursuites pénales dirigées contre un homme politique quatre ans et cinq mois après la prétendue diffusion des propos incriminés ne représentaient pas un moyen raisonnablement proportionné aux buts légitimes visés, compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir le libre jeu du débat politique. Dans ces conditions, elle conclut à la violation de l'article 10.

En ce qui concerne l'article 6 § 1, la Cour rappelle que le fait pour des civils de devoir répondre d'infractions réprimées par le code pénal devant une cour de sûreté de l'Etat composée notamment d'un magistrat militaire constitue pour eux un motif légitime de redouter un manque d'indépendance et d'impartialité de cette juridiction. Dès lors, la Cour conclut à la violation de l'article 6 § 1.

L'arrêt *Erbakan* est étonnant car il semblait admis qu'un discours de haine ne pouvait bénéficier de la protection de l'art. 10.⁸¹ La Cour tend à adopter une vision restrictive de ce qui peut constituer un discours appelant à la haine religieuse. La Cour semble admettre qu'un discours intolérant tenu par des hommes de foi bénéficie plus facilement de la protection offerte par l'art. 10, que le discours blasphématoire du non-croyant⁸² dont il sera question ci-dessous.

Dans l'affaire **Yarar c. Turquie**, (57258/00, 19 décembre 2006), il s'agissait de la condamnation du président de la MÜSİAD en raison d'une allocution d'ouverture que celui-ci avait prononcée et lors d'une réunion de consultation avec les membres de la MÜSİAD et des réponses qu'il avait donné à un journaliste qui l'avait interviewé à la même occasion. La Cour de Sûreté d'Ankara condamna Yarar pour incitation à la haine et à l'hostilité basées sur une distinction entre les classes et la religion.

Le requérant alléguait, devant la Cour européenne des droits de l'homme, la violation de son droit à un procès équitable en raison d'un juge militaire siégeant à la cour de sûreté d'Etat et en raison du fait qu'il avait été condamné sur la base de déclarations d'un journaliste qui avait un intérêt personnel à

81 Cf. Arrêt *Gündüz c. Turquie*, (n° 35071/97) 4 décembre 2003.

82 Candela Soriano, Mercedes & Defossez, Alexandre, « La liberté d'expression face à la morale et à la religion : Analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 68/2006, p. 827, 837.

l'accuser. Rappelant sa jurisprudence antérieure, la Cour européenne des droits de l'homme ne trouva aucune raison pour aboutir à une autre conclusion et constate qu'il y a eu violation de l'Article 6 § 1.

Le requérant alléguait également que sa condamnation avait violé sa liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention. Il nia avoir prononcé l'allocution en question. Selon lui, même si une telle allocution avait été prononcée, elle ne constituait pas une incitation à la haine ou à l'hostilité fondées sur une distinction de classe ou de religion. Après avoir constaté que l'intervention dans le droit à l'expression du requérant était prévue par la loi et poursuivait le but légitime de la prévention du désordre ou du crime et la protection des droits d'autrui, la Cour européenne des droits de l'homme examine si l'intervention en question était proportionnelle aux buts légitimes poursuivis et si les raisons avancées par les autorités nationales étaient pertinentes et suffisantes. La Cour observe que le requérant, une figure publique bien connue, était présidente de la MÜSİAD au moment des événements et fut condamné en raison d'une allocution qu'il avait prononcée lors d'une réunion de la MÜSİAD. La Cour examine l'allocution en question dans sa version publiée par le journal. *Hürriyet*. Elle note la phrase suivante, soulignée par le Parquet: "Il y a une tête que nous devons chercher à changer. Après avoir épuisé tous nos efforts, si elle ne veut pas reculer à un point raisonnable, il faudra dès lors la couper.(...) "ceux qui portent ce sujet à l'ordre du jour de la Turquie ne peuvent être des croyants (...) les tentatives de punir les fêtes de circoncision en tant qu'activités religieuses doivent être l'œuvre de ceux qui ne sont pas circoncis.". Il est vrai que ces passages, pris isolément, peuvent être interprétés comme un appel à la violence ou à l'encouragement à la haine basée sur l'intolérance religieuse. Ceci dit, selon la Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions internes ont omis de situer ces remarques dans le contexte de l'allocution dont toute lecture ne peut être interprétée comme une incitation à la haine ou à la violence. En plus, dans les circonstances de l'espèce, comme c'était la presse qui avait transmis les commentaires en question dont certains ont été par la suite niés par le requérant, la Cour conclut qu'il n'est pas possible de le tenir responsable pour tout ce qui est apparu dans l'article publié. Les raisons avancées par la Cour de Sûreté d'Etat d'Ankara pour l'accusation et la condamnation du requérant, tout en étant pertinentes, ne peuvent donc être considérées comme suffisantes pour justifier l'interférence dans le droit à la liberté d'expression. La Cour

conclut donc que la condamnation du requérant n'était pas proportionnée aux buts poursuivis et donc nécessaire dans une société démocratique : Il y a eu violation de l'Article 10 de la Convention.

Dans l'affaire *Karatepe c. Turquie* (n° 41551/98) le requérant est membre du parti Refah et occupait le poste de maire de Kayseri au moment des faits. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement par la Cour de sûreté de l'Etat d'Ankara pour incitation du peuple à la haine et à l'hostilité sur la base d'une distinction fondée sur l'appartenance à une religion, du fait de discours prononcés en 1996. Invoquant l'article 6 § 1, le requérant alléguait que sa cause n'avait pas été entendue par un tribunal indépendant et impartial en raison de la présence d'un juge militaire en son sein. Il se plaignait également que la condamnation prononcée à son encontre avait porté atteinte à son droit à la liberté d'expression et invoquait notamment à ce titre l'article 10.

S'agissant du grief tiré de l'article 6 § 1, la Cour est parvenue aux mêmes constatations que dans des affaires soulevant des questions analogues au regard de la Convention, et conclut à l'unanimité à la violation de cet article. Elle estime par ailleurs que la gravité de la sanction infligée au requérant ne peut être considérée comme disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi, à savoir la prévention de l'incitation publique au crime. Elle observe que l'ingérence litigieuse était conforme à l'article 10 et conclut par six voix contre une à la non-violation de cet article.

Dans l'affaire *Nur Radyo Ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. c. Turquie* (n° 6587/03) La requérante est une société anonyme de radiodiffusion. En octobre 1999, le conseil supérieur de la radio et de l'audiovisuel (*Radio ve Televizyon Üst Kurulu – RTÜK*) condamna la requérante en raison de la diffusion de certains propos tenus par le représentant de la communauté religieuse *Mihr*. Ce dernier décrivit notamment un tremblement de terre survenu dans la région d'Izmit (Turquie) en août 1999, et qui a fait des milliers de victimes, comme un « avertissement d'Allah » dirigé contre les « ennemis d'Allah », lequel a décidé de leur « mort ». Il fit également une comparaison entre le « sort » des « non-croyants », présentés comme victimes de leur impiété et celui des adeptes de la communauté *Mihr*. Le RTÜK estima que ces propos constituaient une atteinte au principe énoncé à l'article 4 c) de la loi no 3984, selon lequel il ne peut être fait de diffusion contraire « aux principes prenant place dans les principes généraux de la Constitution, aux règles démocratiques et aux droits de la personne ». Relevant que la requérante avait déjà fait l'objet

d'un avertissement pour une atteinte à ce même principe, le RTÜK décida de suspendre le droit à la diffusion de la radio pendant 180 jours à compter du 8 novembre 1999. La requérante contesta, en vain, cette mesure devant les juridictions turques. Elle soutenait notamment avoir présenté une explication religieuse au tremblement de terre, à laquelle chacun demeurerait libre de souscrire ou non.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, la requérante dénonçait la mesure d'interdiction temporaire d'émettre. Elle invoquait à cet égard les articles 10 et 14. La Cour reconnaît la gravité des propos litigieux et le contexte particulièrement tragique dans lequel ils s'inscrivent. Elle relève également leur caractère prosélytique, en ce qu'ils donnent une signification religieuse à une telle catastrophe naturelle. Toutefois, ces propos, aussi choquants et offensants qu'ils puissent être, n'incitent nullement à la violence et ne sont pas de nature à fomenter la haine contre les personnes qui ne seraient pas membres de la communauté religieuse *Mihr*. La Cour rappelle en outre que la nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une ingérence. En l'occurrence, elle estime que la mesure d'interdiction de diffusion imposée à la requérante s'avère disproportionnée au regard des buts visés. Il y a donc eu violation de l'article 10.

Dans l'affaire Kar et autres c. Turquie (n° 58756/00, 3 Mai 2007, arrêt définitif : 3 août 2007) il s'agit de la condamnation d'une pièce de théâtre dont les acteurs furent condamnés à des peines d'emprisonnement pour « incitation à la haine ou à l'hostilité sur la base d'une distinction entre classes sociales, entre races, entre religions, entre dénominations ou entre régions » et furent chacun condamnés à cinq ans et six mois d'emprisonnement ainsi qu'au paiement d'une amende. Ils furent libérés compte tenu du temps qu'ils avaient déjà passé en détention.

Selon la Cour de la sûreté de l'Etat la pièce de théâtre avait transmis un message aux Musulmans sur une nécessité de prendre les armes contre les forces armées de l'Etat. Par référence à la possibilité d'un coup d'Etat, l'armée avait été décrite comme un groupe oppressif. Les membres des forces armées étaient représentés comme des personnes non religieuses ou affiliées à d'autres religions. Les vrais Musulmans, devaient donc prendre les armes contre de tels membres. Selon la Cour de sûreté de l'Etat, cette représentation

avait atteint le degré d'incitation à la haine ou à l'hostilité sur la base d'une distinction entre classes sociales, entre races, entre religions, au sens de l'article 312 § 2 Code Criminel.

Invokant l'article 6 § 1 (droit à un procès équitable), les requérants se plaignaient d'un manque d'équité de la procédure pénale menée contre eux. Ils soutenaient par ailleurs que la couverture par les médias de la pièce jouée par eux avait violé l'article 6 § 2 (présomption d'innocence) et que la législation turque les avait empêchés d'avoir accès à leurs avocats pendant les quatre premiers jours de leur garde à vue, en quoi ils voyaient une violation de l'article 6 § 3 c). Ils estimaient enfin que la condamnation et la peine subies par eux s'analysaient en une violation de l'article 10 (liberté d'expression).

A l'unanimité, la Cour juge qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 à raison de la présence d'un magistrat militaire dans la formation de la cour de sûreté de l'Etat d'Ankara ayant jugé et condamné les requérants et qu'il ne s'impose pas d'examiner le restant des griefs tirés de ladite disposition.

La Cour observe par ailleurs que l'article 10 inclut la liberté d'expression artistique et que cette liberté vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais également pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Eu égard à cette considération et au fait qu'il n'y avait eu que huit représentations de la pièce litigieuse, qui n'avait donc pu avoir qu'un impact limité, la Cour conclut que les condamnations imposées aux requérants n'étaient pas, eu égard notamment à la dureté des peines infligées, « nécessaires dans une société démocratique ». Elle juge donc, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 10.

Inscrit dans un débat public, le discours anti-laïque est de nature à bénéficier de la protection de la liberté d'expression. Toutefois, les attaques atteignant un certain degré de virulence sont en quelque sorte assimilées à un discours de haine fondé sur l'intolérance religieuse. Le droit de libre critique est entendu de manière particulièrement large lorsqu'il s'exerce dans la sphère « du ou de la politique ». La tolérance dont peut jouir un discours anti-laïque au nom de la démocratie doit être mise en balance avec la défense de la laïcité qui est étroitement liée à la sauvegarde de la démocratie⁸³.

⁸³ Flauss, Jean-François, « Laïcité et Convention européenne des droits de l'homme » in *Revue de droit public*, 2/2004, p. 320.

4.2. LIBERTÉ D'EXPRESSION CONTRE LA RELIGION: LE DÉLIT DE BLASPHEME

Lorsqu'il s'agit de propos blasphématoires, la Cour adopte un raisonnement basé sur la protection des droits d'autrui et de la liberté de religion. Cette mise en balance des articles 9 et 10 de la Convention revient à étendre le champ des buts légitimes permettant de faire obstacle à l'application du principe contenu à l'article 10§2⁸⁴.

L'affaire I.A. c. Turquie, arrêt du 13 septembre 2005⁸⁵ porte sur la condamnation pénale du propriétaire-directeur d'une maison d'édition pour avoir publié un roman intitulé « Les phrases interdites » (*Yasak Tümceler*) Les propos qui donnèrent lieu à la condamnation du requérant étaient les suivants: « « Voyez le triangle peur – inégalité – incohérence tracé dans le Coran ; cela me rappelle un ver de terre. Dieu dit que toutes les paroles sont celles de son messager. Certaines de ces paroles lui ont d'ailleurs été inspirées dans un élan d'exultation, dans les bras d'Ayşe. (...) Le messager de Dieu rompait le jeûne par un rapport sexuel, après le dîner et avant la prière. Mohammed n'interdisait pas les rapports sexuels avec une personne morte ou un animal vivant. »

Pour préparer l'acte d'accusation, le procureur de la République soumit d'abord les propos en question au doyen de la faculté de théologie de l'Université de Marmara. Ayant observé que l'auteur « critique les croyances, les pensées, les traditions et le mode de vie de la société turque d'Anatolie en adoptant le point de vue indépendant et contestataire des auteurs, penseurs et scientifiques de la Renaissance, afin d'éclairer et d'aviser notre peuple à sa façon. (...) Cette manière de penser, qui est fondée sur le matérialisme et le positivisme, aboutit à l'athéisme, en ce qu'elle renie la foi et la révélation divine » ; l'expert conclut que « les passages cités du livre formèrent l'élément matériel constitutif de l'infraction prévue par l'article 175 du code pénal. Quant à l'élément moral, mon analyse démontre que celui-ci existe, d'autant plus que l'auteur a intitulé son livre « Les phrases interdites ». Suite à la contestation du requérant sur la soumission de l'affaire à l'expertise d'un

84 Candela Soriano, & Defossez, La liberté d'expression face à la morale et à la religion : Analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 828.

85 Pour l'analyse de cet arrêt cf. Batur Yamaner, Malike & Öktem, Emre, « L'arrêt I. A. contre Turquie de la Cour européenne des droits de l'homme » in Droit et religions, Annuaire, Volume 2 (Tome II), 2006-2007, p. 748 et ss.

théologien, le tribunal de grande instance déféra le dossier à une commission d'experts composée de professeurs de droit. Cette commission embrassa les conclusions du théologien. Bien que le requérant fit valoir que le livre en question ne faisait qu'exposer ses idées philosophiques, le tribunal de grande instance condamna le requérant, par son jugement du 28 mai 1996, à une peine d'emprisonnement de deux ans et à une peine d'amende. Il commua la peine d'emprisonnement en une amende et condamna finalement le requérant à payer une amende globale.

Il convient de jeter un regard sur la législation turque en matière de blasphème. L'article 175, troisième et quatrième alinéas, de l'ancien code pénal disposait : « Est passible d'une peine d'emprisonnement de 6 mois à un an et d'une amende lourde de 5 000 à 25 000 livres turques quiconque blasphème Dieu, l'une des religions, l'un des prophètes, l'une des sectes ou l'un des livres sacrés (...) ou bien vilipende ou outrage une personne en raison de ses croyances ou de l'accomplissement des obligations religieuses (...).La peine qui s'attache à l'infraction définie au troisième alinéa du présent article est doublée lorsque celle-ci est commise par voie de publication. »

Dans les années 1980, l'article 175 fut modifié en vue de protéger uniquement les religions « célestes », c'est à dire monothéistes et abrahamiques. (Islam, Christianisme, Judaïsme) Cette modification fut portée devant la Cour constitutionnelle turque qui la déclara inconstitutionnelle par l'arrêt du 4 novembre 1986. La Cour constitutionnelle estima que la modification prévoyait une discrimination entre les croyants de religions célestes et non célestes et violait donc l'article 10 de la Constitution turque de 1982, relative au principe d'égalité. En outre, la modification fut jugée incompatible avec le principe de laïcité prévu par l'article 2 et la liberté de croyance prévue par l'article 24 de la Constitution.⁸⁶

La Cour de cassation turque adopta une interprétation très restrictive de l'article 175 du Code Pénal. Dans les cas où l'insulte ne visait pas des valeurs sacrées en tant que telles, mais « le Dieu, le livre sacré, le Prophète » de la victime, la Cour de cassation considéra que l'élément moral recherché par l'article 175 était inexistant: Il s'agissait d'une insulte personnelle. Du reste, la jurisprudence relative à l'article 175 est extrêmement pauvre⁸⁷.

⁸⁶ Cf. Savaş, V. et Mollamahmutoglu, S., *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Vol II, Seçkin Yay, 1995, Ankara, pp. 1676-1685.

⁸⁷ Ibid, pp. 1685-1690.

Dans le contexte des réformes en matière des droits de l'homme en vue de l'adhésion à l'Union européenne, la Turquie adopta un nouveau code pénal le 26 septembre 2004, qui est entré en vigueur le 1^{er} juin 2005. Contrairement à l'ancien code, la question du blasphème est réglementée sous le chapitre 8 intitulé « Délits contre l'honneur ». Il s'agit d'une forme aggravée du délit d'insulte. L'article 125 en question prévoit que la peine d'emprisonnement pour délit d'insulte ne peut être inférieure à un an, au cas où ...3b) le délit est commis contre une personne en raison de l'expression et de la diffusion de ses idées et de ses convictions religieuses, sociales, politiques, philosophiques, du changement de celles-ci, et de son comportement conforme aux exigences d'une religion, 3c) le délit est commis par référence aux valeurs considérées comme sacrées par la religion à laquelle appartient cette personne.

Depuis l'arrêt *Handyside*, la Cour européenne des droits de l'homme a maintes fois déclaré que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent⁸⁸. On peut légitimement se demander combien la Cour est restée elle-même fidèle à ce *dictum* ? Confrontée à une affaire concernant l'ingérence dans la liberté d'expression pour la protection de la morale et des droits et de la réputation d'autrui en raison de ses convictions religieuses, la Cour esquivait une analyse approfondie et se cantonne derrière la notion ambiguë de la marge d'appréciation.

Dans le tristement célèbre arrêt *Otto-Preminger Institut*, abondamment critiqué par la doctrine, la Cour pose les principes des rapports entre liberté d'expression et liberté religieuse. « Ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion, qu'ils appartiennent à une majorité ou à une minorité religieuse, ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute critique. Ils doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi. Toutefois, la manière dont les croyances et doctrines religieuses font l'objet d'une opposition ou d'une dénégation est une question qui peut

⁸⁸ *Handyside c. Royaume Unie*, arrêt du 7 décembre 1976, § 49.

engager la responsabilité de l'Etat, notamment celle d'assurer à ceux qui professent ces croyances et doctrines la paisible jouissance du droit garanti par l'article 9. En effet, dans des cas extrêmes le recours à des méthodes particulières d'opposition à des croyances religieuses ou de dénégation de celles-ci peut aboutir à dissuader ceux qui les ont 'exercer leur liberté de les avoir et de les exprimer. (...) Comme pour la «morale», il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société (...); semblables conceptions peuvent même varier au sein d'un seul pays. Pour cette raison, il n'est pas possible d'arriver à une définition exhaustive de ce qui constitue une atteinte admissible au droit à la liberté d'expression lorsque celui-ci s'exerce contre les sentiments religieux d'autrui. Dès lors, les autorités nationales doivent disposer d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer l'existence et l'étendue de la nécessité de pareille ingérence. »

Toujours dans la même ligne, l'arrêt *Wingrove* établit que : « Assurément, l'article 10 § 2 de la Convention (art. 10§2) ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général (...). Cependant, une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux Etats contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion. Du reste, comme dans le domaine de la morale, et peut-être à un degré plus important encore, les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à «la protection des droits d'autrui» s'agissant des attaques contre des convictions religieuses. Ce qui est de nature à offenser gravement des personnes d'une certaine croyance religieuse varie fort dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une multiplicité croissante de croyances et de confessions. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leurs pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences par rapport aux droits d'autrui comme sur la «nécessité» d'une «restriction» destinée à protéger contre ce genre de publications les personnes dont les sentiments et les convictions les plus profonds en seraient gravement offensés (...).⁸⁹

⁸⁹ *Wingrove c. Royaume-Uni*, 19/1995/525/611, 22 octobre 1996, § 1.58

L'affaire I. A. contre Turquie n'est donc guère surprenante : L'absence de conception uniforme, dans les pays européens, des exigences afférentes à la protection des droits d'autrui s'agissant des attaques contre des convictions religieuses élargit la marge d'appréciation des Etats contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou de la religion⁹⁰. Il est toutefois étonnant que la Cour persiste à suivre le précédent jurisprudentiel de l'arrêt *Otto-Preminger Institut*, fustigé par la doctrine⁹¹.

Comme dans toutes les affaires turques touchant les questions liées à la religion, la notion de "marge d'appréciation" joue un rôle déterminant. Une fois de plus, la Cour fait la part belle au conformisme sans doute pour des raisons de réalisme⁹². L'arrêt est influencé par le caractère modéré de la peine infligée au requérant et l'absence de confiscation du livre, mais elle n'en acclame pas moins le pouvoir de censure des autorités nationales. Il était pourtant aisé, pour toute personne qui se serait sentie offensée par un tel livre, de ne pas le lire. La Cour entend opérer une distinction extrêmement délicate à mettre en oeuvre entre la critique légitime qui peut s'étendre à "la propagation de doctrines hostiles à une foi" (§ 28) et "l'attaque injurieuse contre un objet de vénération religieuse."⁹³

Dans l'affaire I. A. contre Turquie, le Gouvernement turc, ainsi que le gouvernement autrichien dans l'affaire *Otto-Preminger*, construisent leur défense autour l'argument majoritaire : La plupart des Turcs sont Musulmans, comme la plupart des autrichiens sont catholiques. La Cour se rallie

⁹⁰ Cf. *Otto Preminger Institut c/ Autriche*, 11/1993/406/485, le 20 septembre 1994, § 50 ; *Wingrove c. Royaume-Uni*, 19/1995/525/611, 22 octobre 1996, § 58.

⁹¹ Candela Soriano & Defossez, *La liberté d'expression face à la morale et à la religion : Analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, p. 832.

⁹² Lécuyer, Yannick, "L'Islam, la Turquie et la Cour européenne des droits de l'homme" in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 67/2006, p. 749. Outre ses analyses juridiques intéressantes, l'article de M. Lécuyer mérite des éloges pour la brise de nostalgie que souffle son style qui rappelle celui des ouvrages orientalistes de la belle époque du colonialisme. Si, toutefois, M. Lécuyer souhaitait rafraîchir son style, nous nous permettrions de lui suggérer de rafraîchir également ses connaissances sur la Turquie actuelle, qui, par exemple, n'a pas connu de "Constitution de 2001" (op. cit. p. 747.)

⁹³ Docquir, Pierre-François, "La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses?" in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, p. 845-846.

facilement à cette solution simple, ignorant toutes les critiques dont l'affaire Otto Preminger fut criblée. C'est une conception majoritariste, et non point pluraliste de la démocratie, dont la conformité avec les idéaux européens est discutable.

D'autre part, on observe des divergences d'opinion parmi les juges strasbourgeois à l'égard de la Turquie. La majorité des juges estime que la société turque, est profondément attachée au principe de laïcité, tandis que les opinions dissidentes la qualifient de société très religieuse.

L'affaire *Aydın Tatlav c. Turquie* (n° 50692/99) du 2 mai 2006 concerne le délit de blasphème. Le requérant est l'auteur d'un ouvrage intitulé « *İslamiyet Gerçeği* » (La réalité de l'Islam), dont la première édition fut publiée en 1992. Il y avançait principalement l'idée selon laquelle la religion avait pour effet de légitimer les injustices sociales en les faisant passer pour « la volonté de Dieu ». Une cinquième édition de cet ouvrage fut publiée en octobre 1996. En quatre ans, 16 500 exemplaires de cet ouvrage furent publiés au total. A la suite d'une dénonciation, le requérant fut interrogé par le procureur et inculpé pour avoir « fait une publication destinée à profaner l'une des religions ». Le 19 janvier 1998, il fut condamné à une peine d'emprisonnement de un an qui fut convertie en amende. Le requérant se pourvut vainement en cassation.

Le requérant soutenait que sa condamnation avait emporté violation de l'article 10 (liberté d'expression) de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

La Cour européenne des Droits de l'Homme note que certains passages de l'ouvrage litigieux contiennent de vives critiques de la religion sur le terrain sociopolitique. Toutefois, la Cour n'observe pas dans ces propos un ton insultant visant directement les croyants, ni une attaque injurieuse pour des symboles sacrés, notamment des Musulmans, qui à la lecture du livre pourront tout de même se sentir offusqués par ce commentaire caustique de leur religion. La Cour tient également compte du fait que bien que publié pour la première fois en 1992, aucune poursuite n'a été déclenchée avant 1996, date de parution de la cinquième édition. Elle constate aussi que c'est à la suite d'une dénonciation d'un particulier que le parquet engagea des poursuites contre le requérant.

Quant à la sanction infligée à M. Aydın Tatlav, la Cour estime qu'une condamnation pénale, comportant de surcroît le risque d'une peine privative

de liberté, pourrait avoir pour effet de dissuader les auteurs et éditeurs de publier sur la religion des opinions qui ne soient pas conformistes et faire obstacle à la sauvegarde du pluralisme indispensable pour l'évolution saine d'une société démocratique. Dans ces circonstances, la Cour considère que l'ingérence litigieuse n'était pas « proportionnée au but légitime poursuivi » et elle conclut dès lors, à l'unanimité à la violation de l'article 10.

L'arrêt Tatlav fut interprété comme illustrant la volonté de la Cour de ne pas totalement déléguer son contrôle aux autorités nationales⁹⁴.

5. DROIT À L'ALTÉRITÉ : PROBLÈMES DES ALÉVIS.

L'alévisme constitue une branche de l'Islam profondément enracinée dans la société et l'histoire turques et qui représente l'une des confessions les plus répandues en Turquie, influencée notamment par le soufisme et par certaines croyances préislamiques. Sa pratique religieuse diffère de celle des écoles sunnites par certains aspects, tels que la prière, le jeûne ou le pèlerinage. Les alévis ne prient pas cinq fois par jour selon le rite sunnite mais expriment leur dévotion par des chants et des danses religieux (*semah*) ; ils ne fréquentent pas les mosquées mais se réunissent régulièrement dans des *cemevi* (lieux de réunion et de culte) ; ils ne considèrent pas le pèlerinage à La Mecque comme une obligation religieuse⁹⁵.

Les problèmes religieux des alévis portés devant la Cour européenne des droits de l'homme concernent, pour le moment, le droit à l'instruction et la mention de la religion dans les cartes d'identité. Il ne serait toutefois guère surprenant de voir dans un proche avenir, d'autres affaires où il sera question

⁹⁴ Candela Soriano, & Defossez, La liberté d'expression face à la morale et à la religion : Analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 837.

⁹⁵ A l'attention du lecteur français, signalons la thèse historique qui établit un lien spirituel entre les alévis et les cathares. Le paulicianisme, hérésie dualiste d'inspiration manichéenne vit le jour dans les localités de l'Anatolie centrale et orientale où il existe actuellement une forte population alévie. L'Empire byzantin réprima le mouvement par des massacres et des déportations massives dans les Balkans, où le paulicianisme se transforma en bogomilisme. Celui-ci s'infiltra d'abord dans le nord de l'Italie, puis dans le Languedoc. Cette thèse est fort plausible, mais il faut se garder d'approches simplistes qui considèrent les albigeois comme des alévis occitans, et les alévis comme des cathares turcs. Tous ces mouvements sont marqués par la spécificité du temps et de la géographie. Pour les alévis de nos jours, les origines non turques de l'alévisme constituent un sujet tabou.

de leur droit à célébrer le culte dans leurs « cemevi » maison de réunion ou de communion, dont l'ouverture leur est refusée ou accordées selon les aléas de la politique. La jurisprudence actuelle donne déjà des indices sur l'issue de ces affaires potentielles.

5.1. DROIT À L'ÉDUCATION:

Dans l'affaire *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie* (n° 1448/04) la Cour conclut, à l'unanimité à la violation de l'article 2 du Protocole no 1 (droit à l'instruction) à la Convention européenne des Droits de l'Homme. Au moment de l'introduction de la requête, Eylem Zengin fréquentait la classe de septième à l'école publique d'Avçılar (Istanbul). En tant qu'élève d'une école publique, elle était obligée d'assister au cours de culture religieuse et connaissance morale. En vertu de l'article 24 de la Constitution turque et de l'article 12 de la Loi fondamentale n° 1739 sur l'Education nationale, ce cours constitue une matière obligatoire dans les établissements turcs d'enseignement primaire et secondaire.

En 2001, M. Hasan Zengin présenta des demandes à la direction de l'Education nationale et aux juridictions administratives tendant à ce que sa fille soit dispensée du cours de culture religieuse et de connaissance morale. Indiquant que sa famille adhérait à la confession des alévis, il alléguait que, en vertu de traités internationaux tels que la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, les parents avaient le droit de choisir le type d'éducation à donner à leurs enfants. Il soutint en outre que le cours en question était incompatible avec le principe de laïcité et n'était pas neutre puisqu'il consistait essentiellement à enseigner l'Islam sunnite. Toutes ses demandes furent rejetées, en dernier lieu par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 5 août 2003, au motif que le cours de culture religieuse et connaissance morale était conforme à la Constitution et à la législation turques. Une requête a été introduite devant la Cour européenne des Droits de l'Homme le 2 janvier 2004. Les requérants alléguaient en particulier que la manière dont le cours de culture religieuse et connaissance morale est dispensé dans les écoles turques porte atteinte au droit à la liberté de religion de M^{lle} Zengin et au droit de ses parents d'assurer son éducation conformément à leurs convictions religieuses, tels que garantis par l'article 2 du Protocole n° 1 (droit à l'éducation) et l'article 9 de la Convention (liberté de pensée, de conscience et de religion). Les requérants alléguaient notamment que ce cours n'est pas assuré de manière objective puisque aucune information

détaillée sur les autres religions n'est donnée et qu'il est dispensé d'un point de vue religieux qui prône l'interprétation sunnite de la foi et des traditions islamiques.

La Cour doit déterminer en premier lieu si le contenu de la matière en question donne lieu à un enseignement objectif, critique et pluraliste. A cette fin, elle examinera les instructions du ministère de l'Éducation concernant le programme du cours de culture religieuse et de connaissance morale ainsi que les manuels scolaires soumis par les requérants. Elle estime que le programme suivi dans les écoles primaires et dans le premier cycle des établissements secondaires, ainsi que les manuels pertinents, donne la priorité à la connaissance de l'Islam par rapport à celle des autres religions et philosophies. En particulier, le programme comprend l'étude des comportements du prophète Mahomet et du Coran. Les élèves doivent apprendre plusieurs sourates du Coran par cœur et étudier, illustrations à l'appui, les prières quotidiennes. Ils ont également des interrogations écrites.

Les manuels ne donnent pas seulement un aperçu général des religions mais contiennent des instructions concernant les grands principes de la foi musulmane, notamment ses rites culturels, tels que la profession de foi, les cinq prières quotidiennes, le Ramadan, le pèlerinage, les notions d'anges et de créatures invisibles et la croyance en l'autre monde. En revanche, les élèves ne bénéficient d'aucun enseignement sur les particularités confessionnelles ou rituelles des alévis, alors mêmes que les adeptes de cette confession représentent une part importante de la population turque. Une certaine information sur cette confession est dispensée en classe de neuvième, mais la Cour, à l'instar des requérants, estime que l'enseignement à un stade aussi tardif de la vie et la philosophie de deux grands soufis ayant eu un impact majeur dans l'émergence de cette confession n'est pas de nature à pallier aux carences de l'enseignement au niveau primaire et secondaire. Dès lors, la Cour estime que l'enseignement dispensé dans le cours de culture religieuse et connaissance morale en Turquie ne saurait être considéré comme répondant aux critères d'objectivité et de pluralisme devant caractériser l'éducation dispensée dans une société démocratique et visant à ce que les élèves développent un esprit critique à l'égard de la religion. En l'espèce, les cours n'ont pas respecté les convictions religieuses et philosophiques du père de M^{lle} Zengin.

En deuxième lieu, la Cour a examiné s'il existait dans le système éducatif turc des moyens appropriés tendant à assurer le respect des convictions des

parents. A la suite d'une décision du Haut Conseil de l'Education en juillet 1990, il est devenu possible pour les enfants « de nationalité turque qui adhèrent à la religion chrétienne ou juive » d'être dispensés du cours de culture religieuse et connaissance morale. Cette décision donne nécessairement à penser que ce cours est susceptible d'amener les enfants de confession chrétienne ou juive à faire face à des conflits entre l'éducation religieuse dispensée à l'école et les convictions religieuses ou philosophiques de leurs parents. A l'instar de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) du Conseil de l'Europe, la Cour estime que cette situation est critiquable : s'il s'agit bien d'un cours sur les différentes cultures religieuses, le fait de limiter le caractère obligatoire de ce cours aux enfants musulmans n'a pas lieu d'être. Le fait même que les parents soient obligés d'informer les autorités scolaires de leurs convictions religieuses ou philosophiques constitue un moyen inapproprié d'assurer le respect de la liberté de conviction. De plus, en l'absence de tout texte clair, les autorités scolaires ont toujours le choix de refuser les demandes de dispense, comme ce fut le cas pour M^{lle} Zengin.

En conséquence, la Cour estime que le mécanisme de dispense ne constitue pas un moyen approprié et n'offre pas une protection suffisante aux parents qui pourraient légitimement considérer que la matière enseignée est susceptible de provoquer un conflit avec les valeurs enseignées à leurs enfants à la maison. Cela est d'autant plus vrai qu'aucune possibilité de choix n'a été prévue pour les enfants dont les parents ont une conviction religieuse ou philosophique autre que celle de l'Islam sunnite et que le mécanisme de dispense implique la lourde charge pour ceux-ci de dévoiler leurs convictions religieuses ou philosophiques. La Cour conclut donc à la violation de l'article 2 du Protocole n° 1. Elle estime que la violation trouve son origine dans un problème tenant à la mise en œuvre du programme d'instruction religieuse en Turquie et à l'absence de moyens appropriés tendant à assurer le respect des convictions des parents. En conséquence, elle estime également que la mise en conformité du système éducatif turc et du droit interne pertinent avec l'article 2 du Protocole n° 1 constituerait une forme appropriée de réparation. En ce qui concerne l'article 9, la Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 9.

Les réactions contre l'arrêt Zengin sont révélatrices des tensions sous-jacentes à la question alévie et de la position des entités étatiques. La réaction immédiate du Ministère d'Education nationale fut brève et sèche :

Il ne changerait rien dans son cursus d'enseignement religieux. Selon le Ministère, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ne lie pas la Turquie dans la mesure où celle-ci a émis une réserve lors de la ratification du Premier Protocole additionnel, par référence à la Loi de 1924 sur la fusion de l'enseignement. En outre, selon les représentants du Ministère, l'arrêt Zengin prend pour référence le cursus d'avant 2007. Or, le système d'éducation religieuse a subi une révision radicale en 2007, si bien que les manuels accordent une partie plus importante aux religions autres que l'Islam. Les représentants du Ministère soulignèrent que l'arrêt Zengin ne constituait pas un exemple à imiter dans l'enseignement de la religion et que les élèves alévis ne seraient pas exemptés des cours d'enseignement religieux. Le Ministère de l'éducation nationale déclara que l'Union européenne (*sic*) ne pouvait imposer sa conception d'éducation religieuse à aucun pays, y compris les pays membres⁹⁶.

Le Conseil d'Etat se conforma à l'arrêt Zengin pour permettre aux élèves alévis d'être exemptés des cours de religion.⁹⁷ La réaction du Président des affaires religieuses, Ali Bardakoğlu, Professeur de théologie d'origine, fut bien plus violente que celle du Ministère d'éducation nationale : « Ce n'est pas parce que trois ou cinq patients ont été mal soignés qu'on ferme un hôpital. (...) l'arrêt du Conseil d'Etat ne fait que multiplier les erreurs de la Cour européenne des droits de l'homme, en les portant à une dimension plus grave ». Selon le Président, la Cour européenne des droits de l'homme se substitue à des théologiens. Or, les magistrats devraient prendre des décisions en fonction de leurs connaissances et d'une méthodologie, et non pas selon leurs opinions personnelles. Bardakoğlu critiqua le Conseil d'Etat d'avoir omis de consulter sa Présidence et les 23 facultés de théologie qui existent en Turquie pour remédier à de tels problèmes : « J'ai de graves doutes sur la question de savoir sur quelles données scientifiques et quel rapport d'expertise universitaire est fondé l'arrêt du Conseil d'Etat qui décide en matière religieuse. Comment l'éducation religieuse est dispensée en Turquie ? Comment la religion est-elle enseignée ? Quelles connaissances constituent le noyau commun de toutes les dénominations musulmanes ? Quelle connaissance appartient exclusivement à tel ou tel dénomination spécifique ? L'institution la plus compétente pour

96 "MEB AİHM kararını önemsemi" in Radikal, 11 octobre 2007.

97 Conseil d'Etat, 8^{ème} Chambre, arrêt du 29 février, numéro de fond : 2007/679, numéro d'arrêt : 2008/1461.

répondre à toutes ces questions est sans aucun doute la Présidence des affaires religieuses. » Bardakoğlu affirma que sa Présidence n’accomplissait pas ses fonctions selon une dénomination ou un rite particulier et que l’Alévisme devrait naturellement faire partie du cursus des lycées İmam-Hatip⁹⁸.

Rappelons que les cours de religion jusqu’alors optionnels sont devenus obligatoires au terme d’une décision du Conseil de sécurité nationale (Gouvernement militaire établi après le coup d’Etat du 12 septembre 1980) en 1982.⁹⁹ Inquiets du développement du communisme dans la jeunesse, les militaires cherchèrent à réconcilier le kémalisme et l’Islam et firent insérer dans la constitution de 1982 la disposition qui impose les cours de religion. Les manuels de cette matière visaient (et visent encore) à justifier la laïcité par des versets coraniques¹⁰⁰. Cette instrumentalisation de la religion a si bien réussi que le premier gouvernement élu après le régime militaire, en 1983, était dirigé par M. Özal, un naqchbendi, qui accèderait plus tard à la dignité présidentielle. Les années 1980 virent une montée et une prolifération inouïes de mouvements islamistes de tout bord. Par une ironie du sort, les militaires durent, alors, se faire les champions de la laïcité contre l’Islam politique et le fondamentalisme musulman.

5.2. LA MENTION DE LA RELIGION DANS LES CARTES D’IDENTITÉ.

Dans l’affaire *Sinan Isik c. Turquie* (requête n° 21924/05) le requérant avait demandé en justice le remplacement de la mention « islam » par « alévi » sur sa carte d’identité. Jusqu’en 2006, ce document indiquait en effet obligatoirement la religion de son détenteur (depuis 2006, il est possible de demander que la case « religion » soit laissée vide). Le tribunal de grande instance d’Izmir rejeta cette demande, en s’appuyant sur un avis qu’il avait demandé au conseiller juridique de la direction des affaires religieuses.

⁹⁸ “Danıştay’ın din dersi kararına kızdı” in Radikal, 7 mars 2008.

⁹⁹ Dans le projet initial de la Constitution, le Conseil consultatif chargé de préparer la Constitution avait explicitement exclu les élèves non-musulmans de l’instruction religieuse obligatoire. Ce fut le Conseil de Sécurité Nationale (gouvernement militaire provisoire) qui supprima cette exception et inclut les non-Musulmans dans le champs d’application des cours obligatoires de religion. Cf. Dinçkol, Bihterin (Vural), 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, Kazancı Kitap Ticaret A. Ş., İstanbul, 1992, p. 73.

¹⁰⁰ Marcou, La laïcité en Turquie : une vieille idée moderne, p. 6-7/11 ; Üstel, Füsün, « Les partis politiques turcs, l’islamisme et la laïcité » in Cahiers d’études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien, No. 19, 1995, p. 259-260.

Le tribunal jugea, ainsi que l'avis l'affirmait, que le terme « alévi » ne désignait qu'un sous-groupe au sein de l'islam et que c'était donc à juste titre que la carte d'identité indiquait « islam ». Le requérant se pourvut en cassation, se plaignant d'être obligé de révéler sa croyance en raison de la mention obligatoire de la religion sur sa carte d'identité. La Cour de cassation confirma le jugement de première instance. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, Işık se plaignait de l'obligation de révéler sa croyance sur sa carte d'identité, document public d'usage fréquent dans la vie quotidienne. Il se plaignait par ailleurs du rejet de sa demande de remplacement de la mention « islam » par celle de sa confession « alévie » sur sa carte d'identité, considérant que la mention existante ne correspondait pas à la réalité et que la procédure ayant abouti au rejet de sa demande était contestable, en ce qu'elle impliquait une appréciation de sa religion par l'Etat.

Dans son arrêt du 2 février 2010, La Cour rappelle que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction comporte un aspect négatif, à savoir le droit de ne pas être obligé de manifester sa religion ou d'agir en sorte qu'on puisse tirer comme conclusion qu'un individu a, ou n'a pas, telles convictions. Elle n'est pas convaincue par la thèse du Gouvernement selon laquelle la mention, obligatoire jusqu'en 2006, de la religion sur la carte d'identité ne constituait pas une mesure contraignant tout citoyen turc à divulguer ses croyances et convictions religieuses. S'agissant de la procédure par laquelle le requérant a, en 2004, vainement essayé d'obtenir une rectification de sa carte d'identité, la Cour estime que, dans la mesure où elle a conduit l'Etat à donner une appréciation quant à la confession du requérant, elle n'était pas conforme au devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat.

Le Gouvernement soutenait en outre que depuis la loi de 2006, le requérant ne pouvait en tout état de cause plus se prétendre victime d'une violation de l'article 9, car depuis lors les citoyens turcs peuvent demander que les informations de la carte d'identité relatives à la religion soient modifiées, ou que la case idoine soit laissée vide. Sur ce point, la Cour juge que la loi ne change rien à son appréciation de la situation. En effet, le fait de demander par écrit aux autorités la suppression de la religion sur les registres civils et la carte d'identité, de même que le simple fait d'être porteur d'une carte d'identité comportant une case « religion » laissée vide, revient pour l'intéressé à divulguer contre son gré une information relative à un aspect de sa religion ou de ses convictions les plus profondes. Ceci va sans nul doute à l'encontre

du concept de liberté de ne pas manifester sa religion ou sa conviction. La Cour souligne que l'atteinte en question tire son origine non du refus de la mention de la confession du requérant (alévi) sur sa carte d'identité mais d'un problème tenant à la mention même – qu'elle soit obligatoire ou facultative – de la religion sur celle-ci. La Cour conclut, par six voix contre une, à la violation de l'article 9.

Les thèses du gouvernement sont lourdes de sens : « ...le contenu de la carte d'identité ne saurait être déterminé en fonction des souhaits de chaque personne. Compte tenu de la multitude de confessions au sein de l'islam (par exemple « Hanefi », « Shafii », etc.) ou des ordres mystiques (tels que « Mevlevi », « Quadiri », « Naqshibandi » etc.), il est nécessaire de ne pas mentionner les diverses confessions ou branches d'une même religion pour préserver l'ordre public et la neutralité de l'État. En ce qui concerne le rôle de la direction des affaires religieuses, le Gouvernement fait valoir que, selon la législation pertinente, celle-ci est chargée de donner des avis sur des questions ayant trait à la religion musulmane. Elle fonctionne dans le respect du principe de laïcité et est chargée de prendre en considération les bases fondamentales de la religion musulmane qui sont valables pour tous les musulmans. » (§. 35)

Cette argumentation est, en effet, fort peu convaincante. Tout d'abord, la mention des ordres mystiques sur la carte d'identité est impossible non seulement pour des raisons d'ordre technique, mais aussi parce que ces ordres sont dissous et interdits en vertu d'une loi révolutionnaire (No. 677/1925). Ensuite, la définition de la fonction de la Direction des affaires religieuses est fort sibylline : La direction doit formuler des avis consultatifs sur des questions religieuses (pourquoi ne pas les appeler directement *fatwas*, terme technique du droit musulman ?) et respecter le principe de laïcité. Que se passe-t-il s'il y a conflit entre le principe de laïcité et les bases fondamentales de la religion musulmane ? (pourquoi ne pas utiliser un terme équivalent plus court, à savoir la *charia* ?) Enfin, quelles sont les bases fondamentales « qui sont valables pour tous les musulmans » ? Qui décide s'il y a des divergences d'opinion sur ces bases ? Apparemment, le corps théologique de la Direction, une autorité exerçant le pouvoir public. Pour la Cour de Strasbourg, c'est exactement ce qu'il faut éviter « dans une société démocratique où l'État est l'ultime garant du pluralisme, y compris du pluralisme religieux, le rôle des autorités ne consiste pas à prendre des mesures qui peuvent privilégier une des interprétations de la religion au détriment des autres, ou qui visent

à contraindre une communauté divisée ou une partie de celle-ci à se placer, contre son gré, sous une direction unique (*Serif c. Grèce*, n° 38178/97, § 53). Le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État, tel que défini dans sa jurisprudence, est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation par l'État de la légitimité des croyances religieuses, et ce devoir impose à celui-ci de s'assurer que des groupes opposés l'un à l'autre, fussent-ils issus d'un même groupe, se tolèrent (voir, *mutatis mutandis*, *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, § 47; *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, n° 45701/99, § 123). »¹⁰¹

6. PROBLÈMES INSTITUTIONNELS DES COMMUNAUTÉS NON-MUSULMANES

Les questions institutionnelles des communautés non-musulmanes posent un problème du point de vue de la laïcité dans la mesure où celles-ci sont soumises à des règles qui ne sont pas appliquées aux institutions religieuses musulmanes. Par opposition aux fondations pieuses musulmanes, anciennes mais encore florissantes, les fondations non-musulmanes souffrent de nombreux problèmes qui figurent à l'ordre du jour d'instances internationales, surtout européennes. A ces problèmes vieux et chroniques, s'ajoutent les nouveaux engendrés par la présence de nouveaux groupes religieux, souvent d'obédience protestante et de tendance prosélyte. Quand il s'agit de trancher de tels problèmes, la Cour européenne des droits de l'homme se garde de se placer dans l'optique du droit de la non-discrimination. Toutefois, il semble difficile de méconnaître une différence de traitement ainsi qu'une méfiance qui se traduit en mesures juridiques à l'égard des groupes non-musulmans, traditionnels ou nouveaux. Mais cette approche est-elle conciliable avec le principe de la laïcité ?

6.1. LES PROBLÈMES DE PROPRIÉTÉ FONCIÈRE DES COMMUNAUTÉS NON-MUSULMANES

Un principe guide les réponses de la Cour en matière religieuse : Les religions ont un droit à une existence sociale suffisante pour exercer leur liberté. « Il existe donc un droit à la sécurité juridique entendue au sens

¹⁰¹ § 45 de l'arrêt *Işık*.

large »¹⁰². Les affaires dont il sera question ci-dessous ne concernent pas directement la liberté de religion mais le droit à la propriété des institutions religieuses. A première vue, la question de la laïcité n'entre pas en jeu. Mais une lecture de la vue d'ensemble des problèmes met en évidence des inégalités de traitement à l'égard des fondations non musulmanes. Or, l'interdiction de la discrimination religieuse entre les personnes, aussi bien réelles que morales, est une condition *sine qua non* de la laïcité. D'autre part, la privation de la propriété des fondations religieuses non musulmanes conduit, dans un premier temps, à leur affaiblissement au point de compromettre le libre exercice de la liberté de culte à cause des problèmes financiers. Bien des édifices religieux sont à l'état de délabrement et attendent la restauration dont le financement proviendrait de la rente des biens appartenant aux fondations. Dans un second temps, les communautés minoritaires privées de leurs sources meurent par « inanition. »

Le Traité de Lausanne du 24 juillet 1923 qui constitue en quelque sorte l'acte fondateur de la République, consacra sa Section III (articles 37-45)¹⁰³ à la protection des minorités de « non musulmans »¹⁰⁴. Actuellement, les communautés religieuses non musulmanes sont organisées sous forme de « fondations » (*vakıf* en turc, d'origine arabe : *waqf*) qui jouissent de la protection prévue par le Traité de Lausanne. Depuis l'entrée en vigueur du Traité jusqu'à nos jours, les autorités administratives, ainsi que judiciaires, adoptèrent une interprétation restrictive des dispositions relatives aux institutions religieuses qui ne purent acquérir d'autres propriétés que celles enregistrées dans la « Déclaration de 1936 », en vertu de la loi sur

¹⁰² Rolland, Patrice, "Le fait religieux devant la Cour européenne des droits de l'homme" in Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme, Mélanges Raymond Goy, publications de l'Université de Rouen, 1998, p.278. Cette analyse concerne notamment l'arrêt Eglise Catholique de la Canée c. Grèce (25528/94, 16 décembre 1997) où il est question du droit à la propriété d'une Eglise.

¹⁰³ Pour le texte français du Traité de Lausanne cf. Trattati e accordi per l'Oriente mediterraneo, a cura di Amedeo Giannini, edizioni di politica, Roma, 1923, p.151 et ss.

¹⁰⁴ A l'instar des dispositions minoritaires des traités de paix de cette époque, le traité de Lausanne s'inspire ostensiblement du Traité Polonais du 28 juin 1919, sauf qu'il ne protège que les minorités non musulmanes : cf. Mandelstam, A., "La protection des minorités" in Recueil des cours de l'Académie de droit international, tome 1, 1923, p. 418 ; Ahmed Réchid, "Les droits minoritaires en Turquie dans le passé et le présent" in Revue générale de droit international public, tome XLII, 1935, p. 299.

les Fondations de 1935¹⁰⁵. Ainsi, dans cette période qui s'étend de 1936 aux années 1970, les fondations communautaires furent progressivement privées de leurs biens immobiliers.¹⁰⁶

Les problèmes d'une Eglise catholique, qui ne jouissait pas du statut de fondation, avaient déjà été portés devant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁷.

La véritable affaire pilote est **Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı c. Turquie**, qui aboutit à une constatation de violation du droit à la propriété¹⁰⁸. Dans cette affaire, la requérante, est une fondation éducative de la communauté grecque orthodoxe. Conformément à la loi n° 2762 du 13 juin 1935, en vertu de laquelle la requérante obtint la personnalité morale, celle-ci présenta en 1936 une déclaration spécifiant ses objectifs et détaillant ses biens immobiliers. En 1952, la requérante reçut en donation une partie d'un immeuble situé à Istanbul et acheta une autre partie de cet immeuble en 1958. En 1992, le Trésor Public saisit les juridictions turques d'un recours visant à faire annuler le titre de propriété de la requérante sur cet immeuble et à faire rayer son nom du livre foncier. Par un jugement du 7 mars 1996, le tribunal de grande instance d'Istanbul accueillit la demande du Trésor. Se fondant sur les considérations d'un rapport d'expertise qui se référait à la jurisprudence de la Cour de cassation turque établie le 8 mai 1974, le tribunal estima que les fondations qui appartenaient aux minorités religieuses telle

¹⁰⁵ Sur les problèmes juridiques des fondations non-musulmanes, cf. en général, « Cemaat Vakıfları. Bugünkü sorunları ve çözüm önerileri (Fondations de communautés- Problèmes contemporains et propositions de solutions) », éditions du Barreau d'Istanbul, Istanbul, 2002 ; Bakar, Diran, "Uygulamadan Ayrımcılık Örnekleri ve Azınlık Vakıflarının Sorunları" (Exemples de discrimination dans la pratique : Problèmes des Fondations de communautés) in Ulusal, Uluslararası ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları, (Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, Lausanne Andlaşması) İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, yay. No. 2, 2002, p. 263 ; Davuthan, Setrak, Intervention au débat, Conférence organisée par le Centre des droits de l'homme du Barreau d'Istanbul le 16 Şubat 2002 "Cemaat Vakıfları; Bugünkü Sorunları ve Çözüm Önerileri", (Fondations de communautés: Problèmes contemporains et propositions de solutions) İstanbul Barosu yay, 2002, p.14-15 ; Reyna, Yuda & Şen, Yusuf, "Cemaat Vakıflarının Statüsü" in İstanbul Barosu Dergisi, c. 68, s. 1-2-3, 1994, p. 87-88.

¹⁰⁶ Bakar, Uygulamadan Ayrımcılık Örnekleri..., s. 269.

¹⁰⁷ Institut des prêtres français et autres c/Turquie, 26308/95, 14 décembre 2000. (Règlement à l'amiable)

¹⁰⁸ Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı c. Turquie, 34478/97, 9 janvier 2007.

que définies par le Traité de Lausanne et qui n'avaient pas indiqué dans leur statut leur capacité d'acquérir des biens immobiliers, ne pouvaient ni acheter des immeubles ni en accepter en tant que donataire. Dans ce cas, leurs biens immobiliers étaient limités à ceux figurant dans leur statut, devenu définitif par leur déclaration des biens faite en 1936 et ne pouvaient dès lors pas acquérir de biens immobiliers. Saisie d'un pourvoi formé par la requérante, la Cour de cassation confirma le jugement entrepris par un arrêt du 9 décembre 1996. En octobre 2000, la fondation Fener Rum Erkek Lisesi Vakfi demanda à la Direction générale des fondations de modifier son statut afin de pouvoir acquérir des biens immobiliers, mais sa demande fut rejetée. La requérante se plaignait de l'annulation de son titre de propriété. Elle soutenait que la législation turque et son interprétation par les juridictions nationales privent les fondations appartenant à des minorités religieuses au sens du Traité de Lausanne de toute capacité d'acquérir des biens immobiliers. Selon elle, cette incapacité constitue une discrimination par rapport aux autres fondations. La requérante invoquait l'article 1 du Protocole n° 1 et l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

La Cour européenne des droits de l'homme estime que l'annulation par les juridictions turques des titres de propriété de la requérante sur les registres fonciers 38 et 44 ans après l'acquisition des biens en question a entraîné une ingérence dans le droit de la requérante au respect des biens. La Cour relève ensuite que les juridictions turques ont fondé leur décision sur un rapport selon lequel, en vertu de la jurisprudence de 1974, les fondations des minorités religieuses n'ayant pas indiqué dans leur statut leur capacité d'acquérir des biens immobiliers ne pouvaient acquérir des biens immobiliers de quelque manière que ce soit. Or, aucune disposition de la loi n° 2762 n'interdisait aux fondations concernées l'acquisition de biens autres que ceux figurant dans la déclaration de 1936. Par ailleurs, les acquisitions de la requérante ont été validées par une attestation de la préfecture et inscrites au registre foncier. La requérante avait donc la certitude d'acquérir légalement des biens. Par conséquent, l'annulation de ses titres de propriété, en application d'une jurisprudence adoptée 16 ans et 22 ans après leur acquisition, n'était pas prévisible pour la requérante. De plus, en lui délivrant des attestations validant ces acquisitions, l'administration a bel et bien reconnu sa capacité à acquérir des biens. Pendant 38 et 44 ans, la requérante a pu jouir de ses biens en tant que propriétaire légitime, en s'acquittant des taxes et des impôts

immobiliers relatifs à ses biens. L'ingérence dans le droit de l'intéressée au respect de ses biens était donc incompatible avec le principe de légalité. La Cour prend note de la modification, en 2002, de la législation régissant le statut des fondations qui permet à ces dernières d'acquérir des biens immobiliers, mais la requérante n'en a pas bénéficié. Dans ces conditions, la Cour conclut à l'unanimité, à la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 et estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément le grief tiré de l'article 14. Si l'affaire Fener Rum Erkek Lisesi Vakfi ne concerne pas directement la liberté religieuse, elle constitue néanmoins la première affaire turque à référence religieuse qui aboutit à un constat de violation.

L'affaire **Yedikule Surp Pırgiç Ermeni Hastanesi Vakfı**, (Fondation de l'hôpital arménien de Surp Pırgiç à Yedikule) aboutit à un règlement amiable¹⁰⁹. A l'origine de l'affaire se trouvait encore l'interprétation des dispositions de la loi n° 2762 sur les fondations faite par les chambres civiles réunies de la Cour de cassation, le 8 mai 1974, qui a eu pour conséquence de priver la fondation requérante de la possibilité d'acquérir des biens immobiliers par donation, au motif qu'ils ne figuraient pas dans sa déclaration déposée en 1936.

Le gouvernement affirma qu'après l'introduction des présentes requêtes et dans le but de mettre en conformité le droit turc avec les exigences de la Convention, les lois n°s 4771 du 9 août 2002 et 4778 du 2 janvier 2003, ainsi que le règlement du 24 janvier 2003 relatif à l'acquisition de biens immeubles par les fondations des communautés ont été adoptés. En vertu desdites dispositions, la requérante, comme l'ensemble des fondations se trouvant dans un statut similaire, peuvent acquérir des biens immobiliers sous certaines restrictions d'ordre général. En vue d'un règlement amiable de l'affaire, le Gouvernement s'engagea à restituer à la partie requérante les biens litigieux dans leur état actuel et à lui verser 15 000 euros pour frais et dépens, dans les trois mois à compter de la notification de l'arrêt de la Cour rendu en vertu de l'article 39 de la Convention. Cette restitution et ce paiement vaudraient le règlement définitif de l'affaire. La requérante déclara qu'elle acceptait la proposition du Gouvernement et cette déclaration s'inscrivit dans le cadre du règlement amiable auquel le Gouvernement et la requérante sont parvenus. La Cour s'assura que ce règlement s'inspirait du respect des droits de l'homme tels que les reconnaissent la Convention ou ses Protocoles et décida de rayer l'affaire du rôle.

¹⁰⁹ Yedikule Surp Pırgiç Ermeni Hastanesi Vakfı c. Turquie, 50147/99 et 51207/99, 26 juin 2007.

6.2. DROIT DES COMMUNAUTÉS RELIGIEUSES À AVOIR UNE PERSONNALITÉ JURIDIQUE OU MORALE

Le droit à la personnalité juridique concerne les communautés aussi bien traditionnelles que nouvelles. En ce qui concerne les communautés anciennes, celles-ci sont organisées sous forme de fondations, ce qui veut dire que chaque église ou synagogue constitue une fondation qui jouit de la personnalité juridique. Mais les présidences respectives des communautés non-musulmanes (Le Patriarcat grec, le Patriarcat arménien, le Grand-Rabbinat, le Vicariat apostolique, l'Exarchat bulgare etc..) ne possèdent pas de personnalité juridique. Ceci pose de graves problèmes, notamment leur *locus standi* devant les juridictions internes¹¹⁰.

La question semble résolue dans le cas du Patriarcat grec. En effet, dans la récente affaire relative à l'orphelinat de Büyükada la Cour admit une requête introduite par le Patriarcat¹¹¹. Il n'y eut guère de débat sur le *locus standi* du Patriarcat, les principes jurisprudentiels établis par l'affaire Eglise catholique de la Canée¹¹² étant clairs. La question est de savoir si les juridictions turques admettront désormais des procès introduits par le Patriarcat, ce qu'ils avaient auparavant refusé au motif que le Patriarcat n'avait pas de personnalité morale. Un revirement de jurisprudence serait possible, voire souhaitable ; mais il ne

¹¹⁰ Cf. Freedom of religion and other human rights for non-Muslim minorities in Turkey and for the Muslim minority in Thrace (Eastern Greece), Report, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr. Michel Hunault, Doc. 11860, 21 April 2009, Draft Resolution, § 19.2.

¹¹¹ Patriarcat œcuménique c. Turquie, (décision de recevabilité) 14340/05, 12 juin 2007. Affaire Fener Rum Patrikliği (Patriarcat œcuménique) c. Turquie, 14340/05, 8 juillet 2008,

¹¹² Dans l'affaire Eglise catholique de la Canée, la Grèce avait refusé à la requérante la personnalité juridique, et par conséquent, la capacité d'ester en justice. La Cour constata que « la personnalité juridique de l'Eglise catholique grecque et des différentes églises paroissiales n'a jamais été mise en cause depuis la création de l'Etat hellénique, ni par les autorités administratifs, ni par les tribunaux. Ces églises –dont la requérante- ont en leur non acquis, utilisés et transféré librement des biens mobiliers et immobiliers, conclu des contrats et participé à des transactions notamment notariales, dont la validité a toujours été reconnue. Sur le plan fiscal, elles ont en outre bénéficié des exonérations prévues par la législation grecque sur les fondations de bienfaisance et les associations à caractère non lucratif... Une jurisprudence et une pratique administrative constantes avaient créé, au fil des années, une sécurité juridique, tant en matière patrimoniale qu'en ce qui concerne la question de représentation en justice des différentes églises paroissiales catholiques, et à laquelle l'église requérante pouvait légitimement se fier. Cf. Eglise Catholique de la Canée c. Grèce, 25528/94, 16 décembre 1997, § 34-50.

résoudrait pas tout le problème. Car, la notion de personnalité morale obéit à la logique du *numerus clausus* : Une entité disposant de la personnalité morale doit correspondre à l'une des catégories établies par la loi. Une personnalité morale « abstraite » n'existe pas en droit interne. Quel serait, par exemple, le statut fiscal d'une telle entité ? Ou serait-elle exemptée de toute taxe ? La question de la personnalité morale du Patriarcat est trop compliquée pour être résolue par le juge interne et nécessite sans doute l'intervention du législateur.

Dans l'affaire Özbek et autres c. Turquie (requête n° 35570/02, **6 octobre 2009**) il s'agit d'un nouveau groupe protestant. Les requérants décidèrent le 20 décembre 2000 de créer une fondation d'utilité publique, dénommée *Kurtuluş Kiliseleri Vakfı* (Fondation des Églises de la Libération) et demandèrent au tribunal de première instance d'Ankara d'enregistrer cette fondation selon les exigences du code civil. Saisi pour avis par le tribunal, la Direction générale des fondations déclara s'opposer à cet enregistrement car, selon ses statuts, le but fondamental de la fondation était de protéger uniquement les intérêts des membres de la communauté protestante ; or cela ne s'accordait pas avec un article du code civil, interdisant le soutien exclusif d'une communauté déterminée. Le tribunal et la Cour de cassation rendirent des décisions allant dans le sens de cet avis. Les requérants demandèrent à la Cour de cassation de rectifier son arrêt, au motif qu'elle avait mal interprété ses statuts. Ils avançaient que ceux-ci, mal rédigés, ne reflétaient pas l'intention véritable des membres fondateurs de la fondation, à savoir notamment d'apporter un soutien aux personnes démunies et victimes de catastrophes naturelles, et ce indépendamment de leur croyance ou appartenance religieuse. Ils ajoutaient que si la Cour de cassation infirmait son arrêt, ils modifieraient les statuts conformément aux véritables intentions des membres fondateurs. La Cour de cassation rejeta leur demande. En 2004, certains des requérants constituèrent une association ayant un but proche de celui de la fondation, mais sans référence au soutien exclusif d'une communauté déterminée.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, les requérants soutenaient principalement que le refus d'enregistrer leur fondation était contraire à leur droit à la liberté d'association, tel qu'il découle de l'article 11 de la Convention. La Cour rappelle que la possibilité pour les citoyens de former une personne morale afin d'agir collectivement dans un domaine d'intérêt commun constitue un des aspects les plus importants du droit à la liberté d'association. Dans le cas présent, les requérants étaient prêts à

modifier les statuts de la fondation, de façon à les rendre conformes tant à leurs véritables intentions qu'aux exigences légales pour l'enregistrement. Mais en ne leur accordant aucun délai pour leur permettre de faire cela, alors qu'elle l'avait fait dans une autre affaire similaire, la Cour de cassation les a empêchés de créer une fondation pouvant acquérir la personnalité juridique. La Cour note par ailleurs que le dépôt de nouveaux statuts pour créer une nouvelle fondation aurait nécessité des fonds plus importants que précédemment. Elle note également que le fait que certains requérants aient, par la suite, pu créer une association n'enlève rien à la possibilité pour les fondateurs de la fondation de se plaindre du refus (ni reconnu, ni réparé au niveau national) d'enregistrer cette dernière. La Cour conclut à l'unanimité que le refus d'enregistrer la fondation, s'il était possible selon la loi turque, n'était en revanche pas nécessaire dans une société démocratique. Il a violé l'article.

1. CONCLUSION

La laïcité provient de la tradition de la France où elle constitue une « question centrale pour l'intégration de l'ordre politique national »¹¹³. Dans l'espace européen on la trouve dans certains cantons suisses et en Turquie¹¹⁴. Cette notion ne correspond pas, par exemple, à la neutralité « bienveillante » ou « tolérante » qui prévaut en Allemagne ou en Belgique¹¹⁵. La France exerça un véritable missionariat pour exporter ce produit¹¹⁶. La Turquie fut sans doute le pays le plus séduit par les qualités du produit et l'importa abondamment. Sous certains aspects, l'Etat turc est plus laïque que la France¹¹⁷. Il est grand temps de rappeler à la plupart des intellectuels turcs que cet idéal ne figure pas

113 De Galembert, Claire, « *L'affaire du foulard in the Shadow of the Strasbourg Court : Article 9 and the Public Career of the Veil in France* » in *Legal Practice and Cultural Diversity*, edited by Ralph Grillo, Roger Ballard, Alessandro Ferrari, André J. Hoekema, Marcel Maussen, Prakash Shah, ASHGATE, 2009, p. 262.

114 Costa, Jean-Paul, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : De l'influence de différentes traditions nationales » in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 57/2004, p. 106.

115 Bribosia, & Rorive, *Le voile à l'école: Une Europe divisée*, p. 965.

116 Cf. Dalla Torre, Giuseppe (Intervista con il Prof.) "Quale laicità per l'Europa?" in *Notes et documents*, Institut International Jacques Maritain, Janvier/avril 2005, p. 19.

117 "Non chiudete quella porta" Reportage avec le Patriarche Arménien d'Istanbul Mesrop II Mutafyan, par Gianni Valente, in *30 Giorni*, no. 11/12, 2002, p. 42.

dans toutes les constitutions de notre planète et que la laïcité française dont la Turquie s'inspire, a ses particularités, qu'il faut distinguer du *secularism* anglo-saxon.

La destinée de la laïcité turque est édifiante quant à l'évolution des rapports entre l'Etat et la religion. Ayant le modèle français comme point de départ, la laïcité turque est allée s'aventurer dans des terrains inconnus de la laïcité française. Dès ses débuts, la laïcité turque fut très admirée par les Occidentaux, en particulier par les républicains et les radicaux français.¹¹⁸. De nos jours, les juristes et les politologues français sont encore heureux, voire fiers de voir la Turquie suivre les pas de la France dans le chemin de la laïcité. Or, aujourd'hui, cette laïcité n'est plus, loin s'en faut, celle des premières décennies de la République et certains commentateurs vont jusqu'à la considérer comme une importation factice ou une greffe mal prise. En tant que principe Kémaliste, la laïcité turque a subi de nombreuses mutations telles que la démocratisation, bouleversement géopolitique régional, changements de société, libéralisation économique...¹¹⁹.

Nos amis français perdent beaucoup de leur enthousiasme lorsqu'ils comprennent que *tous* les ministres du culte musulman sont des fonctionnaires d'Etat et qu'ils dépendent d'une entité étatique directement liée au Premier ministre. La France laïque supporte mal que dans ses deux départements concordataires les prêtres sont payés par l'Etat. En Turquie, cette exception constitue la règle générale. Ajoutons que les prêches du vendredi sont transmises à toutes les mosquées par la Présidence des affaires religieuses et que le rôle de l'imam se borne à lire le texte préparé par les théologiens de la Présidence dont les sujets peuvent concerner des thèmes aussi variés que la légitimité religieuse des méthodes contraceptives, la lutte avec le terrorisme, la protection de l'environnement, la célébration de la victoire finale de la Guerre d'indépendance en 1922, la Fête des enfants et de la souveraineté nationale, etc...

Nos amis français sont sous le choc lorsque nous leur donnons des informations sur le budget et les compétences de la Présidence des affaires religieuses. Ils sont finalement terrorisés devant le « décalage ¹²⁰» entre

118 Marcou, La laïcité en Turquie : une vieille idée moderne, p. 1/11.

119 Marcou, « La laïcité en Turquie : une vieille idée moderne », p. 1-2/11.

120 Sales, La laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, p.177.

l'intitulé des cours de religion, obligatoires en vertu de la Constitution, et la pratique : Les élèves du lycée mémorisent les Sourates du Coran, alors que l'enseignant marque dans le cahier de classe : « Etude du Bouddhisme et du Chintoïsme ».¹²¹

N'hésitons pas à tourner le couteau dans la plaie : Le Ministère des affaires étrangères, bastion notoire de la laïcité, a institué un poste d'attaché religieux auprès des principales ambassades. Ce personnage n'est pas une sorte d'aumônier musulman, il ne célèbre pas le culte dans l'enceinte de l'Ambassade qui reste étanche à toute manifestation religieuse. Il s'occupe d'une tâche bien plus délicate : Il gère et organise la vie religieuse des citoyens turcs à l'étranger et veille à ce que ses ouailles ne s'égarer point dans des sentiers non musulmans ou ...trop musulmans¹²². On pense, *mutatis mutandis*, à un parallèle curieux et embarrassant : Sous la IIIème République, alors que les ordres religieux catholiques souffraient le martyre en France, les missions catholiques francophones florissaient partout dans le monde, surtout au Moyen-Orient. En politique interne, on supportait mal l'Eglise. En politique étrangère, on en avait besoin pour propager la culture et recruter des sympathisants.

Parmi les intellectuels européens, il existe de fortes divergences sur la question de savoir, en premier lieu, si l'Europe est laïque. Une réponse affirmative à cette question donne lieu à d'autres interrogations : Comment définir la laïcité ? A partir de cette définition, quels sont les Etats européens qui sont laïques et ... moins laïques ?

Pena-Ruiz soumet l'existence de laïcité à la réunion de trois principes : Liberté de conscience, égalité des citoyens quelles que soient leurs opinions spirituelles et neutralité d'une sphère publique non confessionnelle. D'après le fervent laïciste français, il n'y a que la France qui s'approche le plus de cet

¹²¹ L'auteur de ces lignes a étudié au Lycée Galatasaray, institution historiquement pionnière de la laïcité, entre 1980-1988, immédiatement après le coup d'Etat militaire qui a institué les cours de religion obligatoires. L'exemple qu'il donne à propos de ces cours proviennent directement de son expérience personnelle et sont corroborées par des amis d'âges et de lycées différents, ainsi que... par l'arrêt Zengin.

¹²² Une conséquence regrettable de la création du poste d'attaché religieux est la suivante : Les attachés sont choisis parmi les jeunes professeurs de théologie qualifiés du point de vue linguistique. La crème de l'intelligentsia théologique dépense ainsi ses meilleures années de production scientifique avec un travail bureaucratique.

idéal et on peut dire qu'elle a mis en œuvre une séparation laïque assez nette au regard des autres pays d'Europe. Toutefois, la séparation française reste en deçà d'une application complète de l'idéal laïque en raison du financement public des écoles privées confessionnelles et du maintien de privilèges pour les religions en Alsace-Moselle¹²³.

Les canonistes italiens ont une autre conception de la laïcité. Pour Dalla Torre, on peut non seulement parler d'une laïcité européenne, mais la laïcité est une idée spécifiquement européenne¹²⁴. On peut parler de la laïcité en tant que valeur européenne, dit Ventura, mais seulement si on utilise ce terme selon une acceptation plus large et moins spécifique que celle élaborée dans divers pays. La laïcité européenne serait donc le point de convergence du pluralisme, la séparation du pouvoir politique et du pouvoir religieux, l'affirmation de l'indépendance de l'individu et de l'Etat par rapport à l'autorité religieuse, la séparation des normes juridiques et morales, la garantie primordiale de la liberté religieuse et son paramètre interprétatif obligé, un point de départ, un standard minimum. Il ne s'agit ni de la laïcité française dans sa spécificité, ni de l'expérience italienne¹²⁵. Ventura observe, au sein de l'Union européenne, le développement d'un droit ecclésiastique européen ou un droit européen des religions¹²⁶. L'émergence d'une telle discipline autonome serait-elle acceptable selon la conception française de la laïcité ?

Tout ce débat nous fait penser au couplet galant de Soliman le Magnifique : « Certains comparaient la haute taille de la bien-aimée à un cyprès sauvage, certains, à la lettre alif de l'alphabet/ Les racontars étaient si divers, mais leurs auteurs convoitaient un but unique ». Nombreux sont les discours aspirant à la laïcité, mais ce qu'ils espèrent réaliser sous un régime laïque n'est pas identique. Il n'existe pas une définition de la laïcité qui fait autorité à l'échelle européenne. Ce manque résulterait d'un conflit philosophique, voire idéologique entre les protagonistes du débat qui ne veulent peut-être

123 Pena-Ruiz, Henri, Qu'est-ce que la laïcité? Gallimard, Paris, 2003, p. 242, 244.

124 Dalla Torre, Giuseppe (Intervista con il Prof.) "Quale laicità per l'Europa?" in Notes et documents, Institut International Jacques Maritain, Janvier/avril 2005, p. 22. L'auteur estime qu'en raison de l'absence de distinction entre César et Dieu dans la religion islamique, celle-ci est incompatible avec l'idée européenne et la laïcité. Dans le cas turc, la mise en œuvre du principe de la laïcité, de dérivation chrétienne dans une société islamique, n'a pas marché. (p. 24.)

125 Ventura, La laicità dell'Europa. Diritti, mercato, religione, p. 106, 108-109.

126 Ventura, La laicità dell'Europa. Diritti, mercato, religione, p. 250.

pas se confiner dans les termes d'une définition trop rigide : *Omnis definitio periculosa...* En l'absence d'une définition, chacun cherche à orienter le sens de la laïcité dans la direction qu'il souhaite et fait comme si « sa » conception était celle communément admise. Ce comportement n'est pas uniquement propre aux personnes, mais aussi aux juridictions et la Cour européenne des droits de l'homme n'échappe pas à la règle.

La politologue turque Üstel nous met en garde sur le sens polyvalent de la laïcité : « La laïcité est un mot-piège. Elle peut être réelle ou supposée, juridique ou politique, officielle ou civile. Par ailleurs, la nature même de chaque religion, avec les dynamiques de chaque pays considéré, font que la laïcité devient un terme ou une pratique relatives, exigeant une réévaluation du contexte dans laquelle elle opère »¹²⁷. Dans la Turquie actuelle, personne, ou peu s'en faut, ne s'oppose au principe de la laïcité ni ne cherche à le supprimer. Bien au contraire, chacun défend la laïcité, ou plutôt « sa » laïcité. Alors que les kémalistes orthodoxes cherchent à mobiliser la société pour sauvegarder la laïcité menacée par le péril islamiste, certains islamistes libéraux s'érigent désormais en défenseurs de la « vraie laïcité ». Une chose est sûre : La laïcité ne peut plus rester le monopole de l'Etat.¹²⁸ On peut dire que les Turcs se servent « à la carte » parmi les éléments *sine qua non* de la laïcité tels qu'établis par Pena-Ruiz. L'establishment laïc insiste sur la neutralité d'une sphère publique non confessionnelle. Les intellectuels islamistes s'attachent à la liberté de conscience et ferment les yeux sur les deux autres éléments. Quant à l'égalité religieuse des citoyens, elle n'intéresse ni le premier ni le deuxième groupes. Mais ce sont les Alévis qui souffrent de cette indifférence ; car ils sont curieusement sous-représentés dans la fonction publique malgré l'absence d'une législation discriminatoire. Quant aux non musulmans, ils ne connaissent pas un tel problème, puisqu'ils sont *de facto* exclus de la fonction publique, sans aucune raison juridique.

On comprend aisément la sensibilité des juridictions turques qui cherchent à tout prix à bannir le foulard islamique. La laïcité turque souffre d'un problème de fond : Il faut donc en sauver la façade et préserver les apparences formelles. Il y a véritablement une dichotomie –voire une schizophrénie¹²⁹– entre le vécu politique et le formalisme juridique. En d'autres termes, plus la

127 Üstel, Fusun, « Les partis politiques turcs, l'islamisme et la laïcité » in Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien, No. 19, 1995, p. 255.

128 Marcou, La laïcité en Turquie : une vieille idée moderne, p. 7-8/11.

129 Lécuyer, Yannick, « L'Islam, la Turquie et la Cour européenne des droits de l'homme » in Revue trimestrielle des droits de l'homme, 67/2006, p. 746.

vie sociale connaît une montée du phénomène religieux, plus l'establishment s'attache jalousement aux symboles tangibles de la laïcité. L'élite laïque vit la laïcité avec la foi des débuts de la République: « ... *secularism in Turkey has come to mean not the removal of religion from the public sphere but the replacement of one creed with another. (...) the issue of women covering their heads has taken an iconic value* »¹³⁰. L'Islam a sa tradition mystique; eh bien, la République aura son « laïcisme mystique »¹³¹.

En fin de compte, le couple Islam politique/laïcité semble coexister dans une relation d'amour/haine et s'accommoder assez bien de ce *modus vivendi*. L'Etat laïque a fini par créer et propager un Islam laïque en conformité avec les impératifs politiques. Il restructure les préceptes de l'Islam pour les mettre en harmonie avec l'agenda républicain sous la vigilance des autorités publiques, surtout celle de la Direction des affaires religieuses¹³².

Mais pourquoi le débat sur la laïcité obsède-t-il toujours l'opinion publique turque ? Que le lecteur nous pardonne de répondre par une blague fort à la mode parmi les juristes turcs : « Un jeune avocat termine sa première journée de plaidoirie au palais de justice et rentre victorieux à la maison paternelle qui pratique la même profession: -Papa, dès ma première audience, j'ai gagné ce procès de propriété foncière que tu traînais depuis vingt ans. -Félicitations, fiston. Mais c'est avec ce procès que j'avais financé tes études de lycée et d'université. Il faudra songer à trouver un litige durable pour ton doctorat et ton mariage ». Dans la Turquie actuelle, les discours politiques laïque et islamiste se nourrissent de conflictualité. Il est dans l'intérêt des politiciens de tout bord que le combat autour du foulard se perpétue. Un règlement pacifique ferait le malheur de tous : Les islamistes perdraient leurs arguments de « martyrologie » qui leur assurent des votes par sympathie et solidarité, alors que les laïcistes seraient privés du croquemitaine fondamentaliste qui leur fournit des votes par peur et par réaction. Ce duel d'opérette ne rappelle-

¹³⁰ Jenkins, Gareth, « Muslim Democrats in Turkey ? » in *Survival*, vol 45, no. 1, Spring 2003, p. 47. (cf. op. cit. p. 46 : “Atatürk’s personality cult has developed quasi mystical overtones”

¹³¹ Valente, Gianni, “Il moderato ottimismo dei cattolici” in *30 Giorni*, no. 11/12, 2002, p. 45. Voir également: Jenkins, Gareth, « Muslim Democrats in Turkey ? » in *Survival*, vol 45, no. 1, Spring 2003, p. 46 : “Atatürk’s personality cult has developed quasi mystical overtones”

¹³² Denli, Özlem, « Freedom of religion : Secularist Policies and Islamic Challenges » in *Human Rights in Turkey*, Edited by Zehra F. Kabasakal Arat, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007, p. 99.

t-il pas la Guerre froide où chacun des deux blocs avait besoin du spectre de l'autre pour avoir une raison d'être ?

Partant des rives du Bosphore, le débat a gagné les rives du Rhin. Par une « construction prétorienne »¹³³, la laïcité a dorénavant « sa place » dans la jurisprudence de la Cour¹³⁴ et elle le doit à la Turquie. C'est le *leitmotiv* de la jurisprudence strasbourgeoise concernant les affaires turques à référence religieuse. Si la Cour accordait une importance particulière au contexte national, c'est qu'elle ne discernait point de consensus européen. La reconnaissance de la légitimité de la protection de la laïcité ouvre une brèche dans le champ conventionnel permettant aux autorités nationales de limiter sensiblement le bénéfice de certains droits protégés. Ce sera donc l'application « nationale » de la laïcité qui justifiera la limitation « conventionnelle » des droits protégés¹³⁵.

Evoquée par l'Etat défendeur, la laïcité a subi une altération, une mutation qualitative pour passer de l'état de valeur nationale au statut de valeur européenne et fut transformée en valeur au service de la société démocratique européenne¹³⁶. De tous les systèmes connus de rapports entre l'Etat et la religion, la laïcité apparaissant *a priori* le plus propice à l'épanouissement de la liberté de religion par la distance maintenue entre le séculier et le religieux, le modèle laïque exerça sur la plupart des juges de Strasbourg une « séduction » dont la jurisprudence concernant la Turquie constituait jusqu'à une époque récente la référence essentielle¹³⁷. Absente du texte de la Convention, la laïcité est incluse dans le champ conventionnel par la Cour et devient le principe cardinal qui permet de décerner un brevet de conventionalité aux autorités

133 Gonzalez, Gérard, (Observations sur) Leyla Şahin c/Turquie, CourEDH, 29 juin 2004, in *Revue de droit public*, 2005/3, p. 790.

134 Costa, Jean-Paul, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : De l'influence de différentes traditions nationales » in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 57/2004, p. 106.

135 Burgorgue-Larsen & Dubout, Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005, pp. 190, 201, 210.

136 Flauss, Jean-François, « Laïcité et Convention européenne des droits de l'homme » in *Revue de droit public*, 2/2004, pp. 318-319.

137 Gonzalez, Gérard, « Rideau sur le voile et autres signes ostensibles » in *AJDA*, 2009 p. 2081.

nationales qui interdisent les signes religieux¹³⁸. Pour la Cour, c'est la survie même du principe de la laïcité qui est en jeu¹³⁹ dans la querelle des voiles.

Dans ses arrêts sur la Turquie, la Cour de Strasbourg suppose dorénavant que la laïcité est un principe politico juridique paneuropéen et agit implicitement comme s'il existait un consensus sur la définition et le contenu de ce principe. Mais le juge européen se garde bien de « s'aventurer sur le terrain épineux de la définition de la laïcité (...) C'est grâce à un concept largement non-défini que la Cour fonde une limitation des droits de la Convention »¹⁴⁰.

C'est ainsi que les arrêts concernant le port des signes ostensibles en France ainsi que la récente affaire **Lautsi C. Italie** (*Requête n° 30814/06*, 3 novembre 2009) relative aux crucifix dans les salles de classe se placeront dans la droite ligne de la jurisprudence qui s'est formée autour des affaires turques.

Mais peut-on supposer que la Convention est laïque, alors que la laïcité n'y est pas explicitement mentionnée? Dans une vision française, elle peut être représentée comme tel « dans le sens où (le texte) ne fait aucune référence directe ou indirecte à une valeur religieuse qui serait commune à l'Europe »¹⁴¹. Suivant cette logique, on peut *a contrario* déduire qu'un texte qui contient une telle référence n'est pas laïque. Or, nombreuses sont les traditions constitutionnelles européennes qui se réfèrent à des valeurs religieuses, parfois avec insistance¹⁴². Cela conduirait à questionner si ce principe reflète

138 Burgorgue-Larsen & Dubout, Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005, pp. 186-187.

139 Burgorgue-Larsen & Dubout, Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005, p. 186.

140 Burgorgue-Larsen, & Dubout, Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Sahin c. Turquie du 10 novembre 2005, p. 210-211.

141 V. Rapport du Conseil d'Etat de 2004 « Un siècle de laïcité » La documentation française, p. 360 ; cité par : Sales, La laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 164.

142 Cf. Préambule de la Constitution Grecque: "Au nom de la Sainte Trinité consubstantielle et indivisible"; Constitution irlandaise, Préambule: Au nom de la Très Sainte Trinité, de laquelle découle toute autorité et à laquelle toutes les actions des hommes et des États doivent se conformer, comme notre but suprême ; art. 44.1 : « L'État reconnaît que l'hommage du culte public est dû à Dieu tout-puissant. Il doit révéler Son Nom, et respecter et honorer la religion. »; Préambule de la Constitution suisse : « Au nom de Dieu Tout-Puissant! Le peuple et les cantons suisses, conscients de leur responsabilité envers la Création, » ; Préambule de la constitution polonaise : « Nous, la Nation polonaise - tous les citoyens de la République, tant ceux qui croient en Dieu, Source de la vérité, de la justice, de la bonté et de la beauté, que ceux qui ne partagent pas cette foi et qui puisent ces valeurs universelles dans d'autres sources »

une valeur juridique commune à tous les Etats européens ou s'il est purement de la *judge made law*.

La Cour européenne a fait sienne la laïcité à la turque pour des raisons d'opportunité, de pacification, d'harmonie... Mais rappelons encore que celle-ci cache des spécificités, voire excentricités propres, derrière un écran orné d'inspirations françaises. La Cour de Strasbourg a donné son aval pour le principe, nous verrons jusqu'à quel point elle admettra ses conséquences et ses applications.

**LA LAÏCITÉ FRANÇAISE ET LA CONVENTION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME
HISTOIRE D'UN AMOUR PEU CONTRARIÉ**

par

Gérard GONZALEZ,

Professeur à l'Université Montpellier 1 et
à l'Université Galatasaray
IDEDH (EA 3976)

La laïcité de France n'a été que rarement trouvée en défaut de conventionnalité devant la Cour de Strasbourg. Mieux même, elle semble érigée en modèle idéal au sein duquel la liberté de religion est le mieux à même de s'épanouir. Pourtant cette laïcité, constitutionnellement proclamée, tout comme en Turquie, n'est pas sans ambiguïtés.

Ainsi, par exemple, la séparation voulue par la loi de 1905 n'est pas TOUTE la laïcité de France. Elle ne s'applique dans aucun des TOM ; elle ne s'applique pas en Guyane qui est un DOM ; elle ne s'applique pas à Mayotte, la musulmane à 98% où le Cadi rend la justice, sous le contrôle il est vrai des juges laïques de la République ; elle ne s'applique pas, enfin, dans les trois départements alsacien-mosellan sous le régime du Concordat. Pourtant tous ces territoires qui ignorent la loi de 1905 sont soumis à la Constitution française qui proclame la République laïque.

Dans ce contexte, le juge administratif français est parfois obligé à des contorsions sémantiques pour justifier les subventions accordées en Polynésie pour reconstruire un presbytère après le passage d'un cyclone en

faisant référence au rôle d'intérêt général de ce bâtiment utilisé comme lieu de refuge et pour des activités socio-éducatives¹. Souvent d'ailleurs le juge administratif est obligé de jongler avec le culturel et le cultuel pour assouplir la rigueur de la loi de 1905 là où elle est applicable².

Sans oublier que le Président de la République française est lui-même chanoine d'honneur de diverses institutions religieuses dont la basilique St Jean du Latran depuis 1482, titre honorifique qui prit une dimension politique en décembre 2007 avec le voyage à Rome de N. Sarkozy et le discours prononcé à cette occasion.

En réalité la séparation n'est que l'un des moyens, le plus brutal dans sa version stricte, d'aboutir à ce qui constitue la finalité naturelle d'une laïcité que l'on pourrait qualifier de « positive » : la neutralité. Tel est bien le cœur du contrôle de la Cour européenne qui veille scrupuleusement au respect de cette neutralité comme gage de tolérance et de pluralisme dans une véritable société démocratique. Ce faisant la Cour applique des valeurs, des principes, qui fondent une laïcité ouverte, européenne, moins crispée que les nationales (française et turque) (I) mais qui, paradoxalement, accepte les conséquences les plus strictes de cette crispation (II) notamment dans le cadre de la laïcité française. Il faut aller chercher du côté de la question, très sensible en France, des « sectes » pour trouver quelques faux-pas de la laïcité française (III).

I. L'IDÉAL LAÏQUE EUROPÉEN

La jurisprudence de la Cour européenne induit une définition de l'idée de laïcité, ou plutôt son recentrage, autour du concept de neutralité (A). En même temps la Cour érige la défense de la laïcité en but légitime d'une société démocratique apte à préserver l'exercice non-discriminatoire de la liberté de religion (B).

A. RECENTRAGE DE LA LAÏCITÉ AUTOUR DU PRINCIPE DE NEUTRALITÉ

Pour Patrice Rolland, « prise dans un sens étroit », la laïcité renvoie « vers la liberté de conscience et la non-discrimination, qui sont assurées par

1 CE, 16 mars 2005, *Min. de l'Outre-Mer c/Gouvernement de la Polynésie française*, AJDA 2005, n°26 p. 1463 note Durand-Prinborgne.

2 CA LYON, 26 juin 2007, *Fédération de la libre pensée et d'action sociale du Rhône et a.*, AJDA 2007, n° 30, p. 1653, avec les conclusions contraires de Denis Besle.

la neutralité de l'Etat » et « cette conception est si répandue qu'elle prend un caractère universel »³.

Mais ne devrait-on pas plutôt considérer que l'universalisation du concept passe par son élargissement ? Sa fluidification lui permet de pénétrer les divers systèmes existants. Quoiqu'il en soit, il faut admettre que le phénomène d'universalisation est incontestable. Particulièrement au niveau des Etats liés par la Convention européenne des droits de l'homme, il est corroboré par la jurisprudence développée depuis quelques années par la Cour de Strasbourg. Michel Levinet souligne que « telle que la conçoit le juge de Strasbourg, la société démocratique suppose une certaine séparation des sphères publique et religieuse seule à même de garantir les droits et libertés individuels »⁴. Il conclut cependant qu'il « n'est guère concevable de mobiliser la jurisprudence européenne pour fonder une séparation étanche entre politique et religieux »⁵.

Il confirme ainsi que la laïcité, revisitée par la jurisprudence européenne ne peut être réduite à la séparation stricte entre l'Etat et les religions. L'universalisation des valeurs du concept de laïcité contribue à son évolution, ou à la redécouverte de sa substance originaire, jusque dans le droit interne des Etats. Analysant la portée du principe de laïcité en France, tel que le présente le rapport de 2004 du Conseil d'Etat, Pierre-Henri Prélôt évoque « une conception pragmatique et libérale de la laïcité, définie comme l'affirmation de la neutralité religieuse de l'Etat, et comme la garantie effective de la protection des convictions religieuses et de leur expression libre dans l'espace social »⁶.

Cette conception irrigue la jurisprudence de la Cour européenne relative à la liberté de religion que la Cour s'emploie à valoriser depuis les années 1990 et son arrêt de principe *Kokkinakis c. Grèce*⁷.

3 Dans G. Gonzalez (Dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et Justice n° 67, Bruylant-Nemesis, 2006, p. 251.

4 M. Levinet, Société démocratique et laïcité dans G. Gonzalez (Dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 109.

5 Ibid. p. 112.

6 P-H. Prélôt, Définir juridiquement la laïcité, dans G. Gonzalez (Dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 121.

7 CEDH 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, n° 14307/88, RFDA 1995. 573, note H. Surrel ; F. Sudre, J-P. Marguenaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme (GACEDH)*, n°54.

La jurisprudence de la Cour ne prône aucun régime particulier de rapport entre les Etats et les Eglises, mais la Cour a, en plusieurs occasions, manifesté son soutien à la laïcité et rejeté l'idée d'une compatibilité entre un régime théocratique et la démocratie au sens de la Convention européenne. Ainsi elle prend partie pour une séparation minimale du temporel et du spirituel qui exclut, dans le champ d'application de la Convention, tout Etat revêtant une forme théocratique⁸. De tous les systèmes connus de rapports entre l'Etat et la religion, la laïcité est celui qui *a priori* apparaît le plus propice à l'épanouissement de la liberté de religion par la distance maintenue entre le séculier et le religieux, garantie d'une neutralité cependant relative (il y a toujours dans un système laïque une forme ou une autre de « reconnaissance » qui ne dit pas son nom de certaines religions ; il suffit dans ce cas que les critères posés soient objectifs et non-discriminatoires).

B. LA PRÉSERVATION DE LA LAÏCITÉ BUT LÉGITIME D'UNE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE

La jurisprudence concernant la Turquie constituait jusqu'ici la référence essentielle de cette séduction exercée par le modèle laïque sur la plupart des juges de la Cour européenne. Même Mme Tulkens dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Sahin*⁹, souligne qu'elle adhère « entièrement et totalement à chacun de ces principes [laïcité et égalité] » mais s'oppose à la manière dont ils étaient appliqués. Du point de vue de la liberté de religion et du droit à l'éducation en tout cas, l'attachement au principe de laïcité et l'objectif de sa protection constituent une présomption quasi-irréfragable de nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. Sans être synonymes ou « complètement superposables »¹⁰, les concepts de « laïcité » et de « société démocratique » cohabitent idéalement et se nourrissent mutuellement. La Turquie, si souvent rappelée à l'ordre dans son application de la Convention, peut se targuer d'un quasi sans-faute dès lors qu'elle entend protéger le

⁸ CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi et a. c. Turquie*, GACEDH n°55. Cette affaire a trait à un parti politique dont le programme envisageait la création d'un Etat théocratique musulman. Le même raisonnement devrait s'appliquer à un projet d'Etat théocratique chrétien.

⁹ CEDH Gde ch., 10 nov. 2005, n° 44774/98, *AJDA* 2006. 315, note G. Gonzalez.

¹⁰ M. Levinet, *Système démocratique et laïcité dans la jurisprudence de la CEDH*, in G. Gonzalez [dir.], *Laïcité, liberté de religion et CEDH*, op. cit..., p. 112

principe de laïcité en toute objectivité¹¹. Pour la Cour européenne, dans une société démocratique, l'Etat doit réguler l'exercice de la liberté de religion de façon neutre et impartiale, sans jamais mettre en danger le pluralisme, voire en favorisant son épanouissement. Ces fonctionnalités sont précisément celles d'un Etat véritablement laïque, libéré des conceptions les plus crispées de la laïcité. La fascination de la Cour européenne pour le modèle laïque comme cadre idéal de l'exercice de la liberté de religion est une constante de sa jurisprudence et même les Etats confessionnels ont été contraints à des accommodements depuis la jurisprudence *Kokkinakis*. Il est rare que la Cour érige en but légitime la protection d'un principe constitutionnel d'organisation étatique qui va ensuite être pesée à l'aune de la nécessité des moyens employés pour l'atteindre dans une société démocratique. C'est ce qu'elle fait avec la laïcité qui n'est évidemment pas mentionnée dans les buts légitimes prévus par le paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention. Bien entendu, la Cour évoque la protection des droits d'autrui comme but légitime de l'ingérence. Il s'agit de neutraliser la « pression » qu'est susceptible d'exercer, par exemple, le signe religieux arboré dans un établissement d'enseignement sur les autres élèves qui n'en portent pas ou qui se contentent d'un signe discret, plus décoratif que revendicatif. Si cette évocation peut passer pour convaincante dans le contexte turc (arrêt *Leyla Sahin*, § 115), elle l'est beaucoup moins dans le contexte français¹². En réalité, au fil de sa jurisprudence, la Cour souligne de plus en plus clairement son souci de permettre aux Etats laïques de préserver leur modèle relationnel avec les religions. Dans l'arrêt *Sahin*, évoquant la conception des juges constitutionnels turcs de la laïcité, « la Cour trouve une telle conception de la laïcité respectueuse des valeurs sous-jacentes à la Convention » (§ 114). Elle sera encore plus explicite lorsqu'elle tranchera des affaires relatives à l'interdiction des signes religieux dans les écoles françaises (ci-dessous).

11 Il faut noter deux faux-pas cependant : CEDH 9 oct. 2007, *Zengin c/ Turquie*, § 59-60 ; CEDH, 23 février 2010, *Arslan c. Turquie*, JCP, G, 2010 p. 574 note G. Gonzalez. Il faut aussi souligner le problème des biens ecclésiastiques en rapport avec la complexe question des Fondations. Voir communication de Emre Öktem.

12 G. Gonzalez, annotation de l'arrêt *Sahin* préc., *AJDA* 2006. 319; voir aussi J.-F. Flauss, Le port des signes religieux distinctifs, in G. Gonzalez [dir.], *Laïcité, liberté de religion et CEDH*, Bruylant, 2006, , p. 219.

Quant aux valeurs mises en avant dans la jurisprudence de la Cour relative à la liberté de religion, il s'agit de la tolérance, du respect du pluralisme religieux et de la neutralité de l'Etat. Ce dernier point requiert une attention particulière lorsque l'Etat est de forme confessionnelle. Il ne peut alors s'agir que d'une neutralité relative qui n'en demeure pas moins exigeante pour l'Etat obligé de garantir le libre exercice de tous les cultes, sous les réserves classiques tenant à l'ordre public, sur son territoire¹³. Ces contraintes renvoient aux valeurs qui sont portées par la conception moderne, pragmatique et libérale de la laïcité.

Pour l'article 2 du Protocole 1, la jurisprudence de la Cour européenne martèle que lorsque l'Etat s'acquitte « des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, (il) veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste » sans « poursuivre un but d'endoctrinement » et sans interférer avec l'intimité des parents concernés au titre de leur vie privée ou de leur liberté de pensée, de conscience et de religion¹⁴. On peut encore identifier le fondement d'une société démocratique façonnée par les valeurs d'un idéal laïque libéral dès lors que sont en cause les interventions des autorités publiques dans la sphère des convictions religieuses ou philosophiques des individus.

II. LA LAÏCITÉ FRANÇAISE CONSACRÉE

Les affaires françaises mettant en jeu le principe de laïcité ont traits essentiellement au port des signes religieux dans les écoles. Mais pas seulement. Pourtant peu d'affaires relatives à la liberté de religion en France et mettant en cause la gestion du principe de laïcité ont été portées devant la Cour de Strasbourg.

¹³ Sur l'analyse de cette jurisprudence aujourd'hui abondante voir G. Gonzalez, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, op. cit. ; G. Gonzalez, « La CEDH : développement jurisprudentiel d'une conception européenne de la liberté de religion », in F. Messner, P.-H. Prelot, J.-M. Woehrling (dir.), *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, pp. 321-346 ; aussi les commentaires de M. Levinet sous CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, GACEDH n° 53.

¹⁴ Voir CEDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen*, GACEDH n° 56 ; Cour eur. dr. h., Grande chambre, 29 juin 2007, *Folgero et autres c. Norvège*, RTDH 2007, obs. G. Gonzalez.

La laïcité ne saurait discriminer. Dans l'affaire *Association Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*¹⁵, l'association requérante contestait le refus de l'agrément administratif nécessaire pour pouvoir pratiquer l'abattage rituel conformément aux prescriptions religieuses très strictes de ses membres pour lesquels la viande n'est pas cachère si elle n'est pas « glatt », c'est-à-dire si le contrôle *post mortem* des animaux abattus révèle la moindre impureté au niveau des poumons. Du point de vue de la Cour, comme les fidèles, membres de l'association requérante, peuvent se procurer de la viande « glatt » malgré ce refus, il n'y a pas d'ingérence dans sa liberté de religion.

Mais la Cour remarque quand même alors que c'était inutile :

« La mesure incriminée, prévue par la loi, poursuit un but légitime, celui de la protection de la santé et de l'ordre publics, dans la mesure où l'organisation par l'Etat de l'exercice d'un culte concourt à la paix religieuse et à la tolérance. En outre, eu égard à la marge d'appréciation qu'il faut laisser à chaque Etat, notamment pour ce qui est de l'établissement des déli-cats rapports entre les Eglises et l'Etat, elle ne saurait être considérée comme excessive ou disproportionnée » (§ 64, souligné par nous).

La Cour lève un pan du voile sur les ambiguïtés de la laïcité-séparation impraticable logiquement dès que sont en jeu les notions d'ordre et de santé publics.

C'est avec la jurisprudence sur la **laïcité scolaire** que le regard de la Cour sur la conception française emprunte le plus à la lascivité de celui de Chimène. Elle marque son souci de préserver cette conception hexagonale de la laïcité (A) et la magnifie même en la jugeant, non pas seulement compatible, mais conforme aux exigences de la Convention et de sa jurisprudence (B).

A. PRÉSERVATION DE LA LAÏCITÉ HEXAGONALE.

Par ses arrêts *Dogru*¹⁶ et *Kervanci c/ France*¹⁷, la Cour européenne a d'abord étendu implicitement la jurisprudence *Leyla Sahin*¹⁸ hors du contexte de la laïcité turque en validant la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, avant la loi du 15 mars 2004, appréciait les sanctions prises à l'égard de jeunes

15 CEDH, 27 juin 2000.

16 CEDH 4 déc. 2008, n° 27058/05, *AJDA* 2008. 2311.

17 CEDH 4 déc. 2008, *RD publ.* 2009. 916, obs. G. Gonzalez.

18 CEDH Gde ch., 10 nov. 2005, n° 44774/98, *AJDA* 2006. 315, note G. Gonzalez.

filles portant le voile à l'aune des troubles à l'ordre public générés ou des exigences de sécurité, s'agissant notamment des cours d'éducation physique. Les décisions d'irrecevabilité rendues dans les affaires *Aktas*, *Bayrac*, *Guazal*, *Jasvir Singh* et *Ranjit Singh*, le 9 juin 2009, parachèvent cet édifice jurisprudentiel en rejetant comme manifestement mal fondées les requêtes contre la France d'élèves exclus définitivement de leur établissement scolaire pour avoir refusé de se plier aux exigences découlant de la loi du 15 mars 2004 interdisant « dans les écoles, les collèges et les lycées publics le port des signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse » (art. L. 141-5-1 C. éduc.). Mlle Aktas, âgée de 16 ans et en classe de seconde, a été renvoyée de son lycée pour avoir seulement accepté de remplacer le voile qu'elle portait par un bonnet; Mlle Bayrak fut exclue de son collège pour les mêmes raisons ainsi que Mlle Ghazal, âgée de 11 ans au moment des faits, pour s'être présentée dans l'enceinte du collège « les cheveux et les oreilles couverts d'un couvre-chef»; quant à messieurs Jasvir et Ranjit Singh, ils furent renvoyés du lycée pour avoir refusé d'ôter leur «keski » ou sous-turban sikh. Les décisions d'irrecevabilité de la Cour sont rédigées en des termes identiques sous réserve des particularités relatives aux faits de l'espèce et de la différence de nature du signe arboré : le voile pour les jeunes filles, le sous-turban sikh pour les jeunes garçons.

L'adoption de cinq décisions d'irrecevabilité interdisait du même coup toute possibilité de renvoi en grande chambre, alors que la Cour se prononçait explicitement pour la première fois sur cette importante question puisque, dans les affaires *Dogru* et *Kervanci*, la Cour déclarant les requêtes recevables s'était prononcée sur le fond de la conventionnalité de la jurisprudence du Conseil d'Etat avant l'adoption de la loi de 2004. Le message ainsi délivré est clair : la jurisprudence de la Cour est désormais assez consolidée sur cette question pour considérer que la défense de la laïcité dote les Etats d'une marge d'appréciation très importante pour s'opposer à certaines manifestations de la liberté de religion, notamment dans les établissements scolaires. Ces décisions mettent ainsi un point final à toutes les interrogations qui pouvaient encore subsister quant à la conventionnalité de la loi française du 15 mars 2004 ainsi que, surtout, de ses modalités d'application les plus strictes.

En effet, les affaires déferées à la Cour ne reflétaient pas une position totalement intransigeante des élèves concernés, ce qui augmente encore leur portée au regard de la marge d'appréciation des Etats dans ce domaine. Mlles

Aktas et Bayrak avaient opté pour un bonnet à la place de leur foulard à l'issue du « dialogue » imposé par la loi de 2004 avant toute sanction disciplinaire; Mlle Ghazal arborait un « couvre-chef » cachant ses oreilles et ses cheveux, plus précisément un « carré de tissu de type bandana »¹⁹; Jasvir et Ranjit Singh portaient non pas le turban mais le « keski » ou sous-turban. Les « signes forts » avaient donc été abandonnés au profit d'attributs visibles mais moins directement évocateurs. Ces concessions sont sans effet sur la conventionnalité de l'application de la loi, la Cour de Strasbourg s'effaçant devant la marge d'appréciation de l'Etat. Elle valide du même coup les directives contenues dans la circulaire ministérielle du 18 mai 2004²⁰ dont elle reprend les termes s'agissant de l'objectif de « répondre à l'apparition de nouveaux signes, voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi ». Les sanctions les plus sévères peuvent donc être prononcées à l'égard d'élèves ayant abandonné le port d'un signe clairement identifié au bénéfice « d'autres couvre-chefs »²¹ sans craindre la censure européenne. Pas question donc de remplacer un foulard par un bonnet ou autre « couvre-chef » : le CE ne l'accepte pas et la Cour européenne applaudit des deux mains (*Aktas*).

La curieuse conception du dialogue à finalité unique préalable à la sanction est ainsi du même coup entérinée. Il ne s'agit pas de trouver un compromis, de s'entendre sur une solution ménageant les susceptibilités de part et d'autre, mais bien d'amener l'élève au résultat escompté : supprimer le signe contesté ou tout autre substitut plus ou moins évocateur. Il faut admettre que la crainte de voir la loi vidée de son contenu en permettant des solutions de substitution instrumentalisant le critère du culturel était réelle. Comme alternative au foulard islamique, le bandana est régulièrement présenté comme un signe traditionnel et non religieux ; du côté des sikhs il s'agirait d'accepter un « accessoire » permettant de couvrir les cheveux pour des raisons d'hygiène et de sécurité. Ces substituts ne rentrent pas, selon les autorités nationales, dans la catégorie autorisée des « signes religieux discrets » ni dans celle, plus énigmatique, des « accessoires et tenues qui sont portées communément par des élèves en dehors de toute signification religieuse » (circ. du 18 mai 2004). C'est ici plus

¹⁹ CE 5 déc. 2007, *Ghazal*, n° 295671, publié au Lebon ; *AJDA* 2007. 2343; *RFDA* 2008. 529, concl. R. Keller.

²⁰ CE 8 oct. 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, n° 269077, *AJDA* 2005. 43, note F. Rolin; *RFDA* 2004. 977, concl. R. Keller.

²¹ CE 6 mars 2009, *Mlle Akremi*, n° 307764, *AJDA* 2009. 1006.

la posture de l'élève qui est sanctionnée. Selon l'interprétation stricte de la loi prévalant devant les juridictions administratives nationales, sont interdits, d'une part, «les signes ou tenues [...] dont le port, par lui-même, manifeste ostensiblement une appartenance religieuse, d'autre part, ceux dont le port ne manifeste ostensiblement une appartenance religieuse qu'en raison du comportement de l'élève»²². Le simple fait de vouloir en permanence masquer la chevelure (le conseil de discipline avait proposé à R. Singh de substituer au keski un filet de protection !) constitue un comportement incompatible avec la loi. Cette intransigeance liée au seul caractère permanent de l'invisibilité d'une partie du corps constitue le «comportement de l'élève» transformant le port d'un attribut vestimentaire banal (un bonnet) en manifestation ostensible d'une appartenance religieuse. La Cour européenne admet cette interprétation stricte de la loi qui ne découle pas expressément de la loi elle-même mais de la jurisprudence administrative relative à l'application de la loi. Ainsi la « loi » emportant restriction du droit de manifester sa religion (art. 9 § 2), au sens large de la Convention incluant aussi la jurisprudence, satisfait pleinement aux critères de la Convention. La liberté laissée aux Etats de décider une « quasi-sanctuarisation du milieu scolaire »²³, est ainsi confirmée. D'autant que la Cour ne se départit pas d'un contrôle minimum de la proportionnalité, limité à la recherche d'une disproportion manifeste, déjà mis en œuvre dans l'affaire *Sahin*. En effet, la Cour n'évoque les solutions alternatives d'enseignement offertes aux élèves exclus définitivement que « par ailleurs », après avoir conclu que « la sanction [...] n'apparaît pas disproportionnée » (v. aussi, *Dogru et Kervanci*, § 76). Pourtant, l'exclusion définitive du milieu scolaire ne va-t-elle pas à contre-courant de la volonté d'intégration que poursuit, entre autres, tout système public d'éducation ? Après les membres de la commission Stasi et les parlementaires, les juges administratifs nationaux, la Cour européenne se satisfait aussi des systèmes éducatifs de substitution. Déjà, dans les affaires *Dogru et Kervanci*, la Cour soulignait la « faculté de poursuivre [sa] scolarité dans un établissement d'enseignement à distance » (§ 76). La Cour est encore plus explicite dans les cinq décisions d'irrecevabilité. Elle constate que chaque élève avait « la possibilité de poursuivre sa scolarité dans un établissement d'enseignement à distance, dans un établissement privé ou dans sa famille

22 CE 5 déc. 2007, *M. Singh*, n° 285394, *AJDA* 2007. 2343; RFDA 2008. 529, concl. R. Keller, et, même date, *Mlle Ghazal*, n° 295671, préc.

23 G. Gonzalez, *AJDA* 2006. 318, op. cit.

selon ce qui lui a été expliqué, avec sa famille, par les autorités scolaires disciplinaires ». En termes d'ouverture au monde extérieur, l'enseignement dans le milieu familial dont on sait qu'il suscite toujours des réserves, l'enseignement à distance, ne constituent pas les solutions les meilleures. Reste l'enseignement dans « un établissement privé » dont beaucoup (90 %) en France sont confessionnels et catholiques mais auquel la loi de 2004 ne s'applique pas. La tolérance maximale est donc déléguée à ces établissements qui, par nature, pourraient logiquement en manifester moins. Situation paradoxale qui voudrait que ces établissements deviennent l'exutoire de la laïcité scolaire. Seuls les deux élèves sikhs ont opté pour cette solution.

La situation devient cependant très inconfortable si l'on considère le pavé jeté dans cette belle mare par la Cour de cassation. Elle a en effet admis le raisonnement d'une cour d'appel selon lequel, dans un collège privé sous contrat d'association (soit le lien le plus étroit avec l'Etat), « la prohibition faite du port du voile, non contraire à la loi du 31 décembre 1959 relative aux établissements d'enseignement privé, aujourd'hui articles L. 442-1 et suivants du code de l'éducation, en ce qu'elle n'affectait ni la neutralité de l'enseignement dispensé ni la liberté de conscience des élèves ni leurs convictions religieuses mais un simple mode d'expression ostensible de celles-ci, relevait ... de l'organisation scolaire et du projet éducatif propre du collège sans violer pour autant son obligation d'accueillir les enfants en dehors de toute distinction d'origine, d'opinion ou de croyance; [...] que le droit de manifester librement sa religion, tel que posé à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et interprété par la Cour instituée par elle n'est pas absolu mais doit être concilié avec d'autres impératifs [...] »²⁴. Si ces initiatives se multipliaient, le risque serait grand de susciter, comme unique parade, l'ouverture d'écoles privées d'obédiences religieuses diverses en délicatesse avec l'application de la loi de 2004, ouvrant ainsi la voie à une forme plus radicale encore de communautarisme. Sinon, il restera toujours l'enseignement à domicile ou à distance qui livre l'exclu en pâture à un supposé tyrannique père ou frère radicalisé.

On peut s'interroger sur la compatibilité de cette situation avec l'article 2 du premier protocole de la Convention. A la lecture des arrêts *Dogru et Kervanci* dans lesquels la Cour européenne se satisfait de l'option de l'enseignement à

24 Civ. 1re 21 juin 2005, *Benmehania*, n° 02-19.831, AJDA 2005. 1863.

distance et compte tenu de l'ample marge d'appréciation reconnue aux Etats, on peut affirmer qu'elle s'accommoderait assez aisément de cette situation. Reste l'interrogation de l'appréciation du comité des droits de l'homme des Nations unies saisi par un groupement sikh. Le comité sanctionne le renvoi insuffisamment motivé d'une élève d'un établissement scolaire pour port du « hijab », la sanction ne reposant sur aucun texte législatif ou réglementaire clair. Mais, il prend soin de préciser que c'est « sans préjuger ni du droit de l'Etat de limiter les manifestations de la religion ou de la conviction dans le cadre de l'article 18 du Pacte et compte dûment tenu des données propres au contexte, ni de celui des institutions universitaires d'établir des règles spécifiques à leur fonctionnement propre »²⁵. Cette constatation ne contredit donc en rien la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

B. EXALTATION DE LA LAÏCITÉ FRANÇAISE.

Les décisions d'irrecevabilité ont aussi pour effet collatéral de magnifier la laïcité française. En effet, dans les arrêts *Dogru* et *Kervanci*, la Cour, qui n'y était pas obligée compte tenu du contexte de ces affaires, avait souligné qu'il incombait aux autorités nationales «de veiller avec une grande vigilance à ce que, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, la manifestation par les élèves de leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires ne se transforme pas en un acte ostentatoire, qui constituerait une source de pression et d'exclusion. Or, aux yeux de la Cour, tel est bien ce à quoi semble répondre la conception du modèle français de laïcité » (§ 71, souligné par nous). Elle notait également qu'en France, comme en Turquie ou en Suisse²⁶, « la laïcité est un principe constitutionnel, fondateur de la République, auquel l'ensemble de la population adhère et dont la défense paraît primordiale, en particulier à l'école » ce qui peut justifier d'interdire certaines manifestations de la religion dans le cadre d'une marge d'appréciation vertigineuse laissée aux Etats « dans l'établissement des délicats rapports entre l'Etat et les églises » (§ 72). Dans les décisions d'irrecevabilité *Aktas* et autres, la Cour est plus explicite encore. Elle juge que « l'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics a été

25 Comité des droits de l'homme, communication n° 931/2000, 18 janv. 2005, *Mme Raihon Hudoyberganova c/ Ouzbékistan*

26 *Dahlab c. Suisse*, décision du 15 févr. 2001, *AJDA* 2001. 480, note J.-F. Flauss; RFDA 2003. 536, note N. Chauvin.

motivée uniquement par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité et que cet objectif est conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention ainsi qu'à la jurisprudence en la matière [...] » (souligné par nous). On passe ainsi d'une conception respectueuse de la Convention (arrêt *Sahin*) à un modèle qui « semble répondre » aux obligations qui pèsent sur les Etats en matière de liberté de religion (arrêts *Dogru* et *Kervanci*), puis, enfin à un constat, non plus de compatibilité, mais de conformité de l'objectif de sauvegarde de la laïcité à la Convention européenne, plus précisément ses « valeurs sous-jacentes » mises en lumière par la jurisprudence de la Cour. Le modèle français de laïcité se voit donc décerner un **brevet de conformité** avec la Convention ; société démocratique et laïcité hexagonale apparaissent bien désormais « superposables » dans le champ des restrictions imposées à certaines manifestations de la liberté de religion. Le dialogue des juges trouve ici un accomplissement idyllique. Le Conseil d'Etat, dans son rapport pour 2004 consacré à la laïcité, soulignait, en effet, que la laïcité « doit, à tout le moins, se décliner en trois principes : ceux de neutralité de l'Etat, de liberté religieuse et de respect du pluralisme »²⁷, déclinaison qui ne peut que séduire la Cour de Strasbourg. Quand au Conseil constitutionnel, dans sa décision sur la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, examinant la garantie de la liberté de religion par la charte des droits fondamentaux dans des termes et avec une portée identique à l'article 9 Conv. EDH, il affirmait que cet article « a été constamment appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme [...] en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque Etat membre ; que la Cour a ainsi pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu'elle laisse aux Etats une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité »²⁸. Il est possible d'imaginer sans peine que l'Etat laïque soit autorisé, au sens de la Convention, à se protéger plus radicalement et au-delà du cadre scolaire de manifestations si ostensibles qu'elles manifestent indéniablement un défaut d'intégration faisant obstacle, par exemple, à l'attribution de la nationalité²⁹.

27 V., P.-H. Prétot, Définir juridiquement la laïcité, in G. Gonzalez [dir.], op. cit., p. 123

28 Cons. const. 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC, cons. 18, *AJDA* 2005. 211, notes D. Chamussy et O. Dord; *RFDA* 2005. 34, note F. Sudre, p. 30, note C. Maugué, p. 1, étude H. Labayle et J.-L. Sauron.

29 CE 27 juin 2008, *Mme Mabchour*, n° 286798, *AJDA* 2008. 2013, note P. Chrestia : port de la burqa.

Une ingérence plus radicale et plus générale risquerait toutefois de poser problème³⁰. Il paraît difficile d'interdire une pratique vestimentaire déterminée en dehors d'un cadre géographique strictement délimité (l'école, les services publics...) sauf pour des motifs très sérieux d'ordre public et de sécurité³¹ qui peuvent inclure des exigences d'identification³². Une laïcité positive, ouverte et tolérante ne réagit qu'à la marge contre les manifestations ou postures les plus radicales mais en rejetant elle-même toute radicalisation. Le débat sur les signes religieux rejoint ainsi, dans une certaine mesure, celui sur les sectes³³. Entre l'interdiction de signes religieux manquant de discrétion dans les écoles, collèges et lycées français, l'interdiction de signes religieux, du port de la barbe dans tous les établissements d'enseignements publics turcs, y compris l'université et l'autorisation par la Cour suprême du Canada du port du kirpan ou poignard sikh, par les élèves³⁴, on peut considérer que, finalement, l'Etat français a, compte tenu du contexte général (place de la religion musulmane, principe de laïcité) trouvé un juste milieu qu'il convient à présent de préserver en évitant la surenchère stigmatisante.

III. LES FAUX PAS

L'histoire d'amour entre la jurisprudence européenne et la défense de la laïcité française (tout comme la turque) ne révèle que quelques rares désaccords notamment dans le cadre de la lutte contre les sectes.

Comme les adeptes de la secte des anti-sectes, les membres des sectes peuvent user de leur liberté d'expression sans encourir du juge laïque une condamnation pour diffamation. Dans l'affaire Paturel³⁵, la Cour condamne la France pour ne pas avoir respecté cet équilibre entre la liberté d'expression de ceux qui critiquent les « sectes » comme l'association UNADFI et ceux

30 Par exemple l'interdiction générale du port dans les lieux publics du niqab ou de la burqa. Voir CEDH, *Arslan* précité et la note de G. Gonzalez.

31 CEDH 11 janv. 2005, *Suku Phull c/ France*, n° 35753/03: turban sikh et portiques de sécurité.

32 CEDH 4 mars 2008, *Fatima El Morsli c/ France*, n° 15585/06.

33 CEDH 6 nov. 2008, *Leela Förderkreis c/ Allemagne*, n° 58911/00, RTDH 2009/78, p. 553, note G. Gonzalez.

34 Cour suprême du Canada 2 mars 2006, *Multani c/ Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] 1 RCS 256, 2006 CSC 6.

35 CEDH, 22 décembre 2005, *Paturel c. France*.

qui entendent critiquer vigoureusement les méthodes employées par ces associations, fussent-ils eux-mêmes membres d'une « secte ». Les termes de l'arrêt de la Cour méritent d'être rapportés :

« § 44 ... la Cour constate que les juges internes ont retenu, outre l'absence de sérieux de l'enquête et de prudence dans l'expression, un troisième élément à l'encontre du requérant, à savoir son animosité personnelle à l'égard de la partie civile. Elle note à cet égard qu'indépendamment de l'interprétation des passages litigieux du livre du requérant, le fait que celui-ci ait été Témoin de Jéhovah a été retenu par les juges du fond pour caractériser ladite animosité. Le tribunal correctionnel a expressément considéré que la qualité de membre de l'association des témoins de Jéhovah renforçait l'animosité personnelle du requérant à l'égard de la partie civile, cette dernière ayant rangé l'association des Témoins de Jéhovah au nombre des sectes. Pour sa part, la cour d'appel de Paris a jugé que les passages litigieux étaient « d'autant plus outrageants » qu'ils prêtaient à la partie civile « précisément les défauts des sectes », avant d'ajouter que l'invocation par le requérant de la CEDH était inopérante « voire 'abusive' ».

§ 1. La Cour note que de telles considérations, qui visent l'association des Témoins de Jéhovah et le requérant en sa qualité de membre, ne sauraient constituer, en elles-mêmes, des motifs pertinents et suffisants pour entrer en voie de condamnation du requérant. En tout état de cause, si le fait de contester l'activité d'une association ayant pour objet la lutte contre les organisations dites sectaires, en étant soi-même membre de l'une des organisations combattues, établit nécessairement l'existence d'une certaine animosité personnelle, la Cour observe qu'un tel reproche pourrait indifféremment être adressé au requérant et à la partie civile, compte tenu de l'objet statutaire et des activités de celle-ci, mais aussi du contexte de débat passionnel dans le cadre duquel s'inscrit l'ouvrage litigieux.

§ 2. La Cour rappelle à ce titre que les associations s'exposent à un contrôle minutieux lorsqu'elles descendent dans l'arène du débat public et que, dès lors qu'elles sont actives dans le domaine public, elles doivent faire preuve d'un plus grand degré de tolérance à l'égard des critiques formulées par des opposants au sujet de leurs objectifs et des moyens mis en œuvre dans le débat (Jerusalem, précité, §§ 38-39). Or, en l'espèce, l'UNADFI est une association œuvrant dans un domaine qui intéresse le public, à savoir

les pratiques des organisations de type sectaire. Elle prend part aux débats publics, son objet étant précisément l'information du public sur le phénomène sectaire, ainsi que la prévention et l'aide aux victimes. Nul ne conteste qu'elle exerce ses activités statutaires de manière active ».

Ainsi, « *la Cour estime qu'en exigeant du requérant qu'il prouve la véracité des extraits litigieux, au demeurant sortis du contexte général de l'ouvrage, tout en écartant systématiquement les nombreux documents produits à l'appui de celles-ci et ce, en lui opposant de manière récurrente une prétendue partialité et une animosité personnelle principalement déduites de sa qualité de membre d'une association qualifiée de secte par la partie civile, les juridictions françaises ont excédé la marge d'appréciation dont elles disposaient* » (§ 50). La condamnation à la destruction de l'ouvrage concerné ainsi que le prononcé d'une amende, fut-elle symbolique (1 euro), et l'obligation de publication de ladite condamnation dans deux journaux sont constitutifs d'une « *ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression de l'intéressé* » qui viole l'article 10 de la Convention protégeant sa liberté d'expression.

Le juge laïc, toujours lui, ne doit pas non plus se laisser guider par des présupposés liés à la seule appartenance d'une mère à un groupement qualifié de secte par les rapports parlementaires pour décider de la garde des enfants en cas de divorce (CEDH, 16 décembre 2003, *Palau-Martinez c. France*).

C'est bien sur le terrain de la lutte contre les sectes que la laïcité française pourrait avoir à craindre de la jurisprudence européenne si elle n'y prend garde (CEDH, 6 novembre 2008, *Leela Förderkreis c. Allemagne*). Le confirme la première condamnation de la France pour violation de la liberté de religion intervenue le 30 juin 2011 dans l'affaire *Association les Témoins de Jéhovah c/France* à propos d'une taxation des dons manuels faits à cette organisation par des fidèles. La Cour juge que cette taxation n'était pas prévue par la loi, c'est-à-dire qu'elle était imprévisible. En réalité, résultant d'une interprétation totalement nouvelle du Code Général des Impôts, cette taxation devait constituer une arme redoutable dans la lutte contre les groupements qualifiés de « sectes ». Avalisée par les juridictions françaises, cette arme nouvelle est neutralisée par la Cour européenne.

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LE SENS ET LA PORTÉE DE LA LAÏCITÉ ¹

Robert BADINTER

J'entends en premier lieu exprimer ma reconnaissance au Professeur Ethem TOLGA et à toutes les personnalités qui m'ont jugé digne de recevoir ce doctorat *Honoris Causa* de votre prestigieuse université. Cette université nous est d'autant plus chère qu'elle est née de l'accord bilatéral signé ici même le 14 avril 1992 par le Président Turgut OZAL et le Président François MITTERRAND. Elle est la preuve éclatante de la richesse des liens intellectuels et scientifiques entre nos deux pays. Et plus particulièrement entre nos universités.

L'Université de Galatasaray est la digne héritière d'une longue et brillante tradition d'enseignement francophone et bilingue sur cette rive du Bosphore. Depuis 1867, des générations de futurs serviteurs de l'Etat, qu'ils soient scientifiques, juristes, diplomates ont reçu dans cette université une éducation à la fois turque et française.

Aujourd'hui l'Université de Galatasaray perpétue cette tradition d'excellence au sein de ses facultés et instituts. Elle poursuit cet enrichissement des cultures grâce aux échanges universitaires avec la France, l'Agence Universitaire de la Francophonie et avec l'Union européenne à travers le programme Erasmus.

De surcroît, je ne dissimulerai pas mon plaisir de me retrouver à Istanbul, cette ville merveilleuse, la seule métropole qui s'étende sur deux continents.

¹ Le 11 mars 2011, lors de l'attribution du titre de Docteur honoris causa de la Faculté de droit de l'Université Galatasaray à Monsieur le sénateur Robert Badinter, ce dernier a prononcé un discours sur la laïcité dont il a aimablement autorisé la publication dans le cadre des actes de la présente journée d'étude franco-turque. A ce titre, les organisateurs tenaient à le remercier chaleureusement pour cette contribution.

Ici commence l'Orient pour le voyageur venu d'Europe

Ici commence l'Europe pour le voyageur venu d'Asie

La grande Cité établie sur les deux rives du Bosphore est entre toutes, chargée d'Histoire et demeure un carrefour de civilisation. Tour à tour hellénistique, romaine, byzantine et ottomane, sa richesse architecturale et culturelle a nourri l'imagination des voyageurs et des artistes au long des siècles.

Aujourd'hui elle continue de nous fasciner par sa créativité et sa modernité.

Ville d'art, de commerce, mais aussi ville spirituelle, « abritant au sein d'un même jardin des lieux de culte de presque toutes les religions, des mosquées, des églises et des synagogues, elle symbolise la tolérance, la paix, et le dialogue » (citation du Président Abdullah GÜL)

Cette dimension spirituelle et la diversité religieuse que présente Istanbul aussi bien que la concomitance de l'affirmation de la laïcité comme principe fondateur de la République turque (article 2 de la constitution turque), et de la République française (article I de la Constitution française) m'amènent à vous présenter aujourd'hui quelques réflexions sur le sens et la portée de la laïcité en ces débuts du XXI^e siècle.

On parle volontiers aujourd'hui d'une crise de la laïcité.

Pour certains, la laïcité devrait être assortie d'un adjectif. On évoque une laïcité « positive » (comme si la laïcité pouvait être négative) ou bien « ouverte » (comme si la laïcité était refermée sur elle-même comme un cercle), ou bien « moderne » comme s'il pouvait y avoir une laïcité antique ou démodée. Méfions nous des adjectifs, ils sont l'acné du style et servent trop souvent à cacher des arrière-pensées plus qu'à préciser la pensée. Tenons-nous en au terme de « laïcité », telle qu'en elle-même la République l'a forgée au long des temps.

Quand je dis République, je vise avec Condorcet « le régime où les droits de l'homme sont conservés ». Ainsi existe-t-il des monarchies constitutionnelles qui sont respectueuses de la laïcité. Comme à l'inverse, il existe des régimes républicains qui méconnaissent la laïcité. Mais la proposition de Condorcet a le mérite de proclamer à la fois la nature du régime et sa finalité, en rendant indissociable la République du respect des droits de l'homme. Par là, elle nous invite à fonder la laïcité de la République sur le respect des droits de l'homme.

Car à l'heure où certains invoquent parfois les droits humains pour combattre la laïcité, il faut rappeler haut et fort que la laïcité découle de ces droits fondamentaux reconnus à tous les êtres humains : la liberté et l'égalité.

La laïcité en effet garantit à chacun l'exercice de la liberté d'opinion, « même religieuse » précise l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, c'est-à-dire la liberté de croire en la religion de son choix ou d'être agnostique ou athé.

S'agissant de l'égalité, la laïcité garantit à chacun une égalité de droit absolue quelque soient ses convictions religieuses ou son absence de conviction. La laïcité implique ainsi l'interdiction de toute discrimination entre les êtres humains à raison de leur conviction religieuse ou philosophique. Elle est source de fraternité civique. Elle réunit dans les temps d'épreuves collectives « celui qui croyait en Dieu et celui qui n'y croyait pas ».

De cette liberté de conscience et de l'égalité des citoyens qui en bénéficient découle nécessairement la neutralité de l'Etat à l'égard de toute croyance religieuse. La conséquence en est évidente : dans une République, l'Etat doit être séparé radicalement de toute église, de toute communauté organisée religieuse ou philosophique. L'Etat les reconnaît toutes, il les respecte toutes, mais il n'en privilégie aucune. Comme le disait Victor Hugo « l'Etat chez lui, l'Eglise chez elle ».

Cette séparation des églises et de l'Etat est pour nous la clé de voûte de la laïcité républicaine. Elle implique la neutralité religieuse absolue dans les services publics. Comment par exemple admettre qu'au nom de motifs religieux, un homme s'oppose dans un hôpital public à ce que des soins nécessaires, voire une opération soit pratiquée sur sa femme ou sa fille par un médecin homme ou des infirmiers ? Les services hospitaliers ne connaissent qu'un impératif : soigner et guérir, sans jamais pratiquer une quelconque discrimination sexiste ou religieuse entre les malades - ni entre les personnels.

De même, l'école publique doit demeurer un espace de neutralité religieuse, politique ou philosophique. A cet âge sensible, l'enfant ou l'adolescent doit être protégé contre toute pression confessionnelle ou partisane, contre tout acte de prosélytisme religieux au sein de l'école. On ne saurait être assez vigilant pour préserver la neutralité de l'école publique, ce lieu privilégié de la laïcité. C'est le sens de la loi de 2004 en France interdisant dans les collèges et lycées publics le port de tout signe ou tenue ostensible qui marquerait une

appartenance confessionnelle dans l'espace scolaire. Croix, kippa, ou voile n'ont pas leur place dans l'enceinte de l'école publique. Libre à chaque enfant de les remettre à sa sortie de l'école conformément à la foi ou aux vœux de ses parents. Mais il n'appartient pas à ceux-ci ni aux enfants de faire étalage de leurs convictions religieuses au sein de l'école publique. Sa neutralité doit être assurée, car elle est la garantie de la liberté de conscience de chacun.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a d'ailleurs reconnu dans son arrêt *Dogru c. France* du 4 mars 2009 que la loi française sur l'interdiction du port de signes religieux ostentatoires à l'école publique n'était pas contraire à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés. La Cour a relevé « qu'en France comme en Turquie ou en Suisse, la laïcité est un principe constitutionnel, fondateur de la République, auquel l'ensemble de la population adhère et dont la défense paraît primordiale, en particulier à l'école ».

Quant au port de la « Burka » ou du « Niqab » dans les services publics, si la loi française l'interdit, c'est non seulement au regard de la laïcité mais parce que ces tenues procèdent d'une certaine idée de la femme qui est incompatible avec notre conception des droits humains et le principe fondamental en notre temps de l'égalité absolue de droits et de condition des femmes et des hommes dans la République. Il s'agit là pour nous d'un impératif catégorique avec lequel nous ne saurions transiger. La femme est égale en droits et en dignité à l'homme, toujours et partout, en quelque temps et circonstance que ce soit. Or la *burka* ou le voile intégral dénie symboliquement ce principe absolu. Ils sont l'expression ostensible d'une inégalité de condition entre la femme et l'homme que nous refusons. Si pour des raisons confessionnelles, qui ne sont d'ailleurs point partagées tant s'en faut par tous les musulmans, des femmes veulent se dissimuler sous la *burka*, elles restent libres de le faire. Mais il ne peut en être ainsi dans les services publics ni dans les lieux où la sécurité ou l'ordre public exige qu'on circule à visage découvert. Qu'on ne nous dise pas que cette prescription attenterait à la liberté de conscience des porteuses de *burka*. Chacune est toujours libre de pratiquer sa religion, soit en privé, soit dans les lieux de culte. A ce sujet encore, la CEDH a rappelé les principes en rejetant les recours contre l'interdiction du port du simple voile non plus à l'école mais à l'université en Turquie dans l'arrêt *Leyla Şahin c. Turquie* du 10 novembre 2005.

La Cour a précisé que : « C'est le principe de laïcité qui est la considération primordiale ayant motivé l'interdiction du port de symboles religieux dans les universités ». La Cour a ajouté « Qu'étaient en jeu les valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, en particulier, d'égalité des hommes et des femmes devant la loi ».

Au-delà de ces lois et de ces décisions de justice, je voudrais à cet instant et en ce lieu de libre pensée et de libre recherche dégager la signification profonde de la laïcité en notre temps.

La laïcité n'est pas seulement le corollaire nécessaire de la liberté d'opinion et de l'égalité entre croyants de toutes confessions et non croyants. La laïcité est aujourd'hui dans la République le garant de la dignité de chacune et de chacun. Jean Jaurès disait déjà en 1905 que « la laïcité, c'était la fin des réprochés ». Propos admirable qui traduit exactement l'importance de la laïcité pour toutes les minorités religieuses et spirituelles. Le respect par chacun de l'autre, de tout autre et de ses convictions est une exigence première de la dignité humaine. Là s'inscrit le sens premier de la laïcité : « Je te respecte au-delà de nos différences de religion ou d'opinion comme de sexe, de race ou d'orientation sexuelle parce que tu es comme moi un être humain, tu es mon frère ou ma sœur en humanité ».

Les rédacteurs de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 ont voulu, au lendemain de la seconde guerre mondiale proclamer solennellement l'égalité des êtres humains, de tous les êtres humains, quelles que soient leurs différences naturelles ou culturelles. Parce que la laïcité garantit cette dignité et assure ce respect de tous à l'égard de chacun, dans le domaine si sensible des croyances et des opinions, elle demeure un fondement irremplaçable de la République. La laïcité est un bien conquis de haute lutte par des décennies de combats républicains. Sachons la préserver contre toute atteinte d'où qu'elles viennent et la transmettre comme un héritage précieux aux nouvelles générations. C'est le devoir de tous les républicains.